{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Laurent, François (1810-1887). Principes de droit civil, par F. Laurent,.... 1877.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Droits de traduction et de reproduction réservés.

Bruxelles. — Typ. BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie,

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS.

ACQUISITION N.° 70,207

TOME VINGT-SIXIÈME.

PARIS.

A. DURAND & PEDONE LAURIEL,

RUE CUJAS, 9.

BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & COMP.,

RUE BLAES, 33.

1877

©

TITRE IX.

(TITRE VIII DU CODE CIVIL.)

DU CONTRAT DE LOUAGE.

(Suite.)

CHAPITRE III.

DES DEVIS ET DES MARCHÉS.

---

§ Ier. *Notions générales.*

1. Le troisième louage d'ouvrage mentionné par l'article 1779 est celui des *entrepreneurs d'ouvrages* par suite de *devis* ou *marchés*. L'article 1711 ajoute : ou *prix fait*. Ces expressions de *devis*, *marché* et *prix fait* sont employées par la loi comme synonymes; elles ont cependant une signification différente. Par le mot *devis* on entend un état détaillé des ouvrages à faire et des matériaux à employer, avec indication du prix des matériaux et de la main-d'œuvre. Le but du devis est de donner aux parties, et surtout au maître, une connaissance complète de tout ce qu'il lui importe de savoir pour l'éclairer sur l'étendue des engagements qu'il va contracter. Le *marché* est le contrat de louage d'ouvrage intervenu entre le maître et l'entrepreneur. Le *prix fait* est le prix pour lequel l'ouvrage doit se faire; on l'appelle aussi *forfait* pour indiquer qu'il est invariable. Les expressions *devis*

et *prix fait* ne se trouvent que dans les articles qui définissent le contrat que la loi appelle *marché*, et elles y sont employées comme synonymes du mot *marché* (art. 1711 et 1779) (1).

2. Ce qui caractérise le *marché*, c'est qu'il intervient entre le maître et un *entrepreneur d'ouvrages*, lequel s'oblige à confectionner l'ouvrage moyennant un prix fixé à raison de la valeur de l'ouvrage; tandis que le louage des *gens de travail* a pour objet, non l'ouvrage, mais le travail; soit que l'ouvrier s'engage pour un certain temps ou pour une entreprise déterminée, il est toujours payé en raison de son travail, et non pour le produit du travail ou pour l'ouvrage qu'il fait. Il en résulte une différence très-importante en ce qui concerne les risques. En traitant du louage des gens de travail, la loi ne s'occupe pas des risques, par la raison que l'ouvrier ne les supporte jamais; il est payé pour le travail qu'il fait, quel que soit le sort de l'ouvrage, et quand même cet ouvrage viendrait à périr par un cas fortuit. Il n'en est pas de même du louage d'ouvrage; le prix y est stipulé, non en raison du travail, mais en raison de l'ouvrage, lequel est l'objet du contrat; le prix n'est dû que lorsque l'ouvrage est confectionné et reçu par le maître; jusque-là l'engagement de l'entrepreneur n'est pas rempli; il ne peut donc pas réclamer le prix qu'il a stipulé si l'ouvrage vient à périr avant qu'il soit achevé ou agréé (2). Nous reviendrons sur ce point.

3. Le louage des gens de travail diffère encore du louage d'ouvrage en ce qui concerne la prescription. Aux termes de l'article 2271, l'action des ouvriers et gens de travail, pour le payement de leurs journées, fournitures et salaires, se prescrit par six mois; tandis que l'action des entrepreneurs, n'étant pas limitée par une prescription spéciale, reste sous l'empire de la règle générale qui fixe à trente ans la durée de toute action.

4. Il importe donc beaucoup de distinguer si un ouvrier traite comme entrepreneur ou comme homme de travail.

(1) Mourlon, t. III, p. 329, n° 816. Colmet de Santerre, t. VII. p. 350, n° 240 *bis* I.
(2) Duranton, t. XVII, p. 235, n° 248. Mourlon, t. III, p. 329, n° 817.

L'article 1799 prévoit la difficulté; il est ainsi conçu : « Les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans la présente section; ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent. » De là suit que les ouvriers qui, sans marché préalable à prix fait, exécutent à la journée ou à la tâche, par eux-mêmes ou par les ouvriers qu'ils emploient, des travaux de leur métier commandés par un propriétaire, ne sont pas des entrepreneurs; quelle que soit l'importance de leur travail, ils restent ouvriers. La cour de cassation l'a jugé ainsi pour des travaux de plomberie et de couverture faits par un plombier dans le cours de plusieurs années et dont le prix s'élevait à 20,000 francs; ces travaux n'ayant pas été précédés d'un marché à prix fait, il a été jugé que c'était un contrat fait par des gens de travail et que, par conséquent, la prescription de six mois était applicable (1).

5. Le *marché* présente encore une autre difficulté que l'article 1787 prévoit sans la décider. Cet article porte : « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière. » On demande si, dans l'une et l'autre hypothèse, le contrat est un louage? La question est controversée. Il nous semble qu'elle est décidée par le texte et par l'esprit de la loi. L'article 1711 dit que « le *marché* pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé est aussi un louage lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait. » Cela suppose que lorsque la matière est fournie par l'entrepreneur, le contrat n'est plus un louage. Quel sera, dans ce cas, le contrat? Le projet de code le disait; il se trouvait à la suite de l'article 1787 deux alinéas ainsi conçus : « Dans le premier cas, c'est un pur louage. Dans le second, c'est la vente d'une chose une fois faite. » Ces dispositions furent adoptées au conseil d'Etat; le Tribunat en demanda la suppression, par la seule raison qu'il s'agissait de notions de pure doctrine et que le code ne

(1) Rejet, 27 janvier 1851 (Dalloz, 1851, I, 166).

devait contenir que des dispositions législatives. Ainsi l'article 1787, dans la pensée des auteurs du code, était la suite et le complément de l'article 1711; il résulte donc du texte de la loi et des travaux préparatoires que le contrat par lequel un ouvrier s'engage à faire un ouvrage moyennant un prix fait, et en fournissant la matière, est une vente. Nous croyons inutile d'insister; quand le législateur a parlé, il ne devrait plus y avoir de controverse (1).

§ II. *Des risques.*

6. La question des risques soulève plusieurs difficultés. Si la chose que l'ouvrier doit faire périt, on peut demander d'abord pour qui est la perte de la matière première; puis on demande si l'ouvrier a droit à son salaire quand la chose périt avant que l'ouvrage ait été livré. Nous commençons par la première question. Le code distingue si la matière est fournie par l'ouvrier ou par le maître.

« Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, *de quelque manière que ce soit,* avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose. » La règle est donc que l'ouvrier supporte le risque. Lorsqu'on dit que l'une des parties supporte le risque, cela signifie que la perte arrivée par cas fortuit est pour son compte. C'est ce que la loi exprime dans l'article 1788 par les mots : « la perte est pour l'ouvrier, *de quelque manière que la chose vienne à périr* », c'est-à-dire quand même elle périrait par cas fortuit; si elle périt par sa faute, il va sans dire que c'est lui qui en supporte la perte. Pourquoi l'ouvrier supporte-t-il les risques lorsque c'est lui qui fournit la matière? Nous venons de dire (n° 5) que, dans cette hypothèse, le contrat est une vente; c'est donc dans les principes qui régissent la vente qu'il faut chercher la réponse à notre question. Le vendeur supporte le risque

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 525, note 2, § 374. Comparez, dans le sens de notre opinion, Rejet, 22 juillet 1874 (Dalloz, 1875, 1, 303).

quand la chose est indéterminée; or, le plus souvent la chose que l'ouvrier doit fournir est indéterminée jusqu'à la livraison, car d'ordinaire ce n'est pas sur une matière première choisie par le maître que l'ouvrier travaille, c'est sur une matière que l'ouvrier choisit; donc la chose reste indéterminée tant que le maître ne l'a point reçue, et, par suite, il y a lieu d'appliquer le principe en vertu duquel les risques sont pour le vendeur quand la chose qu'il vend est indéterminée. Il cesse de supporter le risque lorsque le maître a reçu l'ouvrage, c'est-à-dire quand l'ouvrage a été livré et accepté par le maître. Recevoir la chose, en matière de louage d'ouvrage, veut dire que le maître l'agrée après l'avoir vérifiée, et cette vérification ne peut guère se faire avant que l'ouvrage ait été livré au maître; toutefois le maître pourrait la vérifier chez l'ouvrier et, en ce sens, la recevoir; dès ce moment elle serait à ses risques, puisque la chose cesserait d'être indéterminée; on appliquerait, par conséquent, le principe qui met à charge de l'acheteur le risque de la chose vendue quand elle est déterminée.

Le principe des risques reçoit exception en cas de demeure. Si le maître a été mis en demeure de recevoir la chose, et si la chose périt pendant qu'il est en demeure, c'est lui qui supporte la perte. C'est encore l'application d'un principe général. La chose périt pour l'acheteur quand elle est déterminée; néanmoins, si le vendeur est en demeure de la livrer, c'est le vendeur qui supporte la perte (art. 1138). Par identité de raison la perte doit être pour l'acheteur d'une chose indéterminée lorsqu'il est en demeure de la recevoir.

Nous avons supposé jusqu'ici que la chose est indéterminée. Il peut se faire qu'elle soit déterminée, le maître ayant choisi la matière que l'ouvrier doit travailler, le marbre, par exemple, dont il doit faire un vase. L'ouvrier supporte néanmoins le risque, car l'article 1788 ne distingue pas. Quelle est, dans ce cas, la raison de décider? La vente est conditionnelle; car il ne suffit point que la matière première soit déterminée pour que la vente soit parfaite, il faut encore que l'ouvrage soit reçu : la récep-

tion est donc la condition sous laquelle la vente a été contractée. Or, dans un contrat conditionnel, c'est le débiteur de la chose qui supporte le risque; c'est donc pour le vendeur qu'elle périt si elle vient à périr avant que l'acheteur l'ait reçue et sans qu'il ait été en demeure de la recevoir (1).

Dans cette première hypothèse, ce n'est pas seulement la chose qui périt pour l'ouvrier qui en est le propriétaire, il perd aussi son travail; car il ne peut pas réclamer le prix d'une chose vendue qu'il ne livre point; il n'y a pas de prix sans vente, et, dans l'espèce, la vente ne se parfait point par suite de la perte de la chose qui devait en être l'objet.

7. L'article 1788 est conçu dans les termes les plus généraux; il s'applique à tout louage d'ouvrage, à la construction d'un édifice aussi bien qu'à une chose mobilière. On suppose que l'entrepreneur fournit les matériaux, et que la chose vient à périr pendant le travail de construction: la perte des matériaux et du travail sera pour l'entrepreneur. La cour de cassation l'a jugé ainsi pour la construction d'un pont. L'entrepreneur objectait que l'article 1792 réglait la responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur et que l'article 1788 ne s'appliquait qu'aux ouvriers; mais, de même que l'ouvrier peut être entrepreneur, de même l'entrepreneur est ouvrier dans le sens légal du mot, puisqu'il s'oblige à faire un ouvrage; et s'il le fait avec des matériaux qui lui appartiennent, on doit lui appliquer l'article 1788 (2).

Il y a un arrêt postérieur de la chambre des requêtes en sens contraire. Elle a décidé que l'article 1788 ne doit recevoir son application que dans le cas où les ouvrages restent, jusqu'à la livraison ou la réception, à la libre disposition de l'entrepreneur; on ne peut pas l'appliquer, dit la cour, quand il s'agit de constructions, parce que, dans

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 351, n° 241 *bis* II, III et IV. Duvergier, t. II, p. 394, n° 340. Aubry et Rau, t. IV, p. 526, notes 3 et 4, § 374.

(2) Rejet, 11 mars 1839 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 127). Comparez Duranton, t. XVII, p. 237, n° 250; Aubry et Rau, t. IV, p. 527, note 4, § 374.

ce cas, les matériaux et la main-d'œuvre s'incorporent au sol au fur et à mesure que les travaux s'exécutent; devenant la propriété du maître, ils sont par cela même à ses risques (1). Nous préférons la première jurisprudence de la cour. Le dernier arrêt introduit dans la loi une distinction qu'elle ne fait point et qu'il n'appartient pas à l'interprète de faire, parce que la distinction est contraire aux principes. Qu'importe que les matériaux s'incorporent au sol? Il n'est pas exact de dire que ces matériaux deviennent la propriété du maître à titre d'accession, car le maître a le droit de vérifier les travaux; et si, après vérification, il ne les reçoit pas, il ne devient certainement pas propriétaire des travaux. La cour a confondu l'accession avec le contrat d'ouvrage; on ne peut pas appliquer les règles de l'accession alors que l'incorporation des matériaux se fait en vertu d'un contrat d'ouvrage; les relations des parties sont régies, dans ce cas, non par le principe de la propriété, mais par les principes qui gouvernent le contrat.

8. Nous disons que l'ouvrier reste propriétaire de la chose jusqu'à ce qu'elle ait été reçue par le maître. La cour de cassation a fait une application intéressante de ce principe au cas où l'ouvrier tombe en faillite. Il s'agissait de savoir si le maître peut revendiquer un navire que l'ouvrier s'est obligé à construire avec des matériaux dont celui-ci a la propriété. Le constructeur tomba en faillite, le maître revendiqua le navire; les syndics lui opposèrent que l'ouvrier était resté propriétaire, puisque le navire n'était pas achevé ni reçu. Il y avait un motif de douter, c'est que le maître avait payé des à-compte au constructeur en proportion des travaux achevés; et l'article 1791 porte que la vérification est censée faite pour toutes les parties payées si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait. La cour de cassation répond que l'article 1791 suppose, comme le dit formellement le texte, qu'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure; or, un navire ne se construit pas et ne peut pas se livrer à la

(1) Rejet, 13 août 1860 (Dalloz, 1861, 1, 105).

pièce, ni être vérifié et reçu par parties ; de plus, il y avait une convention formelle portant que le navire, construit au lieu du domicile de l'ouvrier, devait, après son complet achèvement, être conduit, aux frais du constructeur, au quai indiqué dans le contrat, pour y être livré au maître barre en main et prêt à prendre la mer. L'ouvrage était donc indivisible, d'où suivait que l'exécution partielle ne pouvait se faire ; partant, l'ouvrage n'était pas reçu, malgré les à-compte payés par le maître en proportion de l'avancement des travaux. Cela était décisif (1).

9. « Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'*ouvrier n'est tenu que de sa faute* » (art. 1789), c'est-à-dire que l'ouvrier n'est pas tenu du cas fortuit, en ce sens que si la matière première remise à l'ouvrier vient à périr par cas fortuit, la perte est pour le maître. Le contrat est, dans ce cas, un louage ; la question des risques doit donc être décidée par les principes qui régissent le louage. A quoi est tenu l'ouvrier qui reçoit une matière première ? Il s'oblige à la travailler et à la remettre confectionnée au maître. L'obligation de livrer la chose emporte celle de la conserver avec les soins d'un bon père de famille (art. 1136 et 1137) ; s'il ne remplit pas cette obligation, et si la chose périt par défaut de soins, il doit répondre de la perte qui lui est imputable. Par contre, s'il conserve la chose avec les soins d'un bon père de famille, et si elle vient à périr par cas fortuit, l'ouvrier n'est pas responsable, car il a rempli son obligation. C'est en ce sens que l'article 1788 dit que l'ouvrier n'est tenu que de sa faute.

Reste une question sur laquelle il y a controverse : est-ce l'ouvrier qui doit prouver le cas fortuit ? ou est-ce le maître qui doit prouver la faute de l'ouvrier ? Nous répondons, et sans y voir aucun doute sérieux, que c'est l'ouvrier qui doit prouver le cas fortuit qu'il allègue. La raison en est qu'il est débiteur d'un corps certain, de la chose que le maître lui a confiée, il doit la livrer au maître après que l'ouvrage est achevé ; s'il ne la livre pas, il doit prou-

(1) Rejet, chambre civile, 20 mars 1872 (Dalloz, 1872, 1, 140).

ver qu'un cas fortuit l'en empêche; le maître n'a rien à prouver, sinon le contrat de louage en vertu duquel il a remis la chose à l'ouvrier. Dès que cette remise est constante, l'ouvrier est débiteur de la chose, et on doit lui appliquer le principe de l'article 1302. La loi en fait elle-même l'application au louage des choses, en disposant que le preneur répond de la perte, à moins qu'il ne prouve qu'elle a eu lieu sans sa faute (art. 1732). On doit appliquer le même principe à l'ouvrier, parce qu'il y a identité de motifs. Il y a un arrêt, bien motivé, en ce sens de la cour de Grenoble (1).

La chambre des requêtes a jugé en sens contraire. Dans l'espèce, des grains avaient été remis à un meunier pour les transformer en farine; les blés furent détruits dans un incendie. Fallait-il appliquer au meunier le principe de l'article 1733, en l'obligeant à prouver que l'incendie était arrivé par cas fortuit ou force majeure? La cour de cassation décida, en principe, que c'était au demandeur, le propriétaire des blés, de prouver la faute de l'ouvrier. Elle se fonde sur l'article 1789, aux termes duquel l'ouvrier qui fournit seulement son travail ne répond que de sa faute en cas de perte de la chose à lui confiée; la cour en conclut que c'est au maître de prouver la faute de l'ouvrier. A notre avis, c'est mal interpréter l'article 1789; il faut le combiner avec l'article qui précède, et aux termes duquel l'ouvrier qui fournit la matière répond de la perte, de quelque manière que la chose vienne à périr, c'est-à-dire qu'il répond du cas fortuit; en disant que l'ouvrier qui fournit seulement son travail n'est tenu que de sa faute, l'article 1789 dit, en d'autres termes, que l'ouvrier ne répond pas du cas fortuit; mais cet article ne décide pas la question de preuve, ce n'est pas là l'objet de la loi et, pour interpréter une loi, il faut avant tout considérer ce que la loi a voulu décider. Interpréter l'article 1789 comme le fait la cour de cassation, c'est faire dire à la loi le contraire de ce que dit l'article 1302; l'ar-

(1) Grenoble, 18 juin 1869 (Dalloz, 1870, 2, 149). Comparez Lyon, 14 mai 1849 (Dalloz, 1852, 2, 75). La doctrine est conforme. Duvergier, t. II, p. 395, nº 341; Colmet de Santerre, t. VII, p. 353, nº 243 *bis* I.

ticle 1789 dérogerait donc aux principes généraux qui régissent la preuve, sans qu'il y ait un motif de cette dérogation. Cela n'est pas admissible; les principes généraux restent applicables dans tous les cas où la loi n'y déroge pas, et l'article 1789, qui décide une question de responsabilité, est étranger à la question de preuve décidée par l'article 1302, en matière d'obligations et, en matière de louage, par les articles 1732 et 1733.

La cour de Besançon, dont la chambre des requêtes a approuvé l'arrêt, objecte que le contrat qui intervient entre le maître et le meunier n'est pas un dépôt, que c'est un contrat de louage; ce qui est d'évidence. Mais de ce que l'ouvrier n'est pas un dépositaire, dans le sens légal du mot, conclura-t-on qu'il n'est pas obligé de conserver la chose avec les soins d'un bon père de famille? Ce serait oublier que, d'après l'article 1136, tous ceux qui doivent livrer une chose sont tenus de la conserver et que, d'après l'article 1137, ils sont obligés de la conserver avec les soins d'un bon père de famille; or, dès qu'ils sont débiteurs, avec charge de conserver, d'un corps certain, on doit leur appliquer l'article 1302. La cour de Besançon s'est donc trompée en droit, et la cour de cassation a aggravé l'erreur en décidant que dans le cas prévu par l'article 1789 la preuve de la faute incombait au maître(1). Au fond, la cour de Besançon avait bien jugé, car, dans l'espèce, le meunier avait prouvé que l'incendie était arrivé sans sa faute; et cette preuve satisfait aux exigences de l'article 1733, comme nous l'avons dit en expliquant cette disposition.

10. L'application de l'article 1789 a donné lieu à d'autres interprétations également erronées. Des fabricants de passementerie remirent à un passementier des marchandises pour être façonnées. Ces marchandises furent détruites par un incendie qui s'était communiqué de la maison voisine. Il y avait donc preuve d'un cas fortuit, dès lors l'ouvrier ne pouvait être responsable; c'était le cas d'appliquer l'article 1789, d'après lequel l'ouvrier n'est

(1) Rejet, 22 avril 1872 (Dalloz, 1873, 1, 119).

tenu que de sa faute. Néanmoins le tribunal de commerce de la Seine déclara l'ouvrier responsable de la perte, par le motif que le passementier n'était pas un ouvrier, mais un négociant, et qu'à ce titre il était en faute de n'avoir pas fait assurer les marchandises qui lui étaient confiées. La décision a été cassée, et elle devait l'être. D'abord elle introduisait dans l'article 1789 une distinction qui n'est ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Qu'importe que celui qui se charge d'un ouvrage soit négociant? Ce n'est pas comme négociant qu'il traite, c'est comme ouvrier. Puis, où est la loi qui oblige l'ouvrier, fût-il négociant, à assurer les marchandises qu'on lui confie, et qui le rend responsable de la perte s'il ne les assure pas? La cour de cassation dit très-bien que c'est au propriétaire à assurer ses marchandises, et que rien ne l'empêche de le faire quand il les confie à un ouvrier. En tout cas, il n'appartient pas aux tribunaux de créer une obligation que la loi ignore pour imposer à l'ouvrier une responsabilité à raison d'une prétendue faute qu'il n'a pas commise (1).

Un autre tribunal de commerce trouva bon de déclarer l'ouvrier responsable de l'incendie, quoiqu'il fût constant que la chose avait été détruite par un incendie communiqué du dehors, ce qui constitue le cas fortuit ou de force majeure et exclut, par conséquent, la faute; la loi elle-même décharge le preneur de la responsabilité de l'incendie quand il prouve que le feu a été communiqué par une maison voisine. Le tribunal ne se contenta pas de cette justification légale; il voulait que l'ouvrier prouvât qu'il avait fait tout ce qui était humainement possible pour arrêter le progrès de l'incendie, et, à défaut de cette preuve extralégale, il déclara l'ouvrier responsable. Il va sans dire que ce jugement injustifiable a été cassé (2).

11. Si la chose vient à périr alors que l'ouvrier fournit seulement son travail, il n'est tenu que de sa faute; mais que faut-il décider du salaire qui lui a été promis? Lorsque la chose périt par la faute de l'ouvrier, il n'y a pas de question; il ne peut pas réclamer le prix de son travail,

(1) Cassation, 1er août 1866 (Dalloz, 1866, 1, 331).
(2) Cassation, 3 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 334).

parce que, par sa faute, le maître n'en profite pas. Par contre, il semble que l'ouvrier a droit à son salaire quand la chose périt par cas fortuit; toutefois l'article 1790 décide le contraire : « Si la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer. » Cette disposition déroge au droit romain. On dit, pour la justifier, que c'est une conséquence des principes qui régissent le louage. Le maître promet le prix pour la jouissance du travail, et non pour le travail; c'est l'ouvrage qu'il paye, ce n'est pas le travail de l'ouvrier; donc si l'ouvrier ne fournit pas l'ouvrage, le maître ne doit pas payer une jouissance qu'il n'a point, de même que le preneur ne doit pas payer les loyers quand la chose louée périt. L'argumentation est juridique, mais elle aboutit à une conséquence que l'équité repousse. L'ouvrier a travaillé sur la chose du maître, le cas fortuit ne devrait pas le priver de son salaire; la chose périt pour le maître, alors qu'elle est déjà modifiée par le travail de l'ouvrier; donc le maître devrait payer le travail qui l'a modifiée, quoiqu'il n'en profite pas. On peut objecter que le maître ne doit le prix de l'ouvrage que lorsqu'il est vérifié, et comment le vérifier lorsqu'il a péri? C'est une difficulté de fait qui n'est pas décisive; la preuve de la bonté de l'ouvrage incomberait naturellement à l'ouvrier, et s'il ne la faisait pas, il n'aurait pas droit au prix (1).

12. Ce qui prouve que la difficulté de vérification n'est pas une raison décisive contre l'ouvrier, c'est que l'ouvrier peut réclamer son salaire quand le maître est en demeure de vérifier l'ouvrage et que la chose vient à périr pendant qu'il est en demeure. La demeure constitue le maître en faute, et un des effets de cette faute est de mettre les risques à charge de celui qui l'a commise. Il est juste que l'ouvrier ne perde pas le fruit de son travail par la faute du maître. Toutefois celui-ci serait admis à prouver que l'ouvrage n'était pas bon et qu'il aurait eu le droit de ne

(1) Comparez Colmet de Santerre, t. VII, p. 354, n° 243 *bis* II.

pas le recevoir ; si la demeure ne peut pas nuire à l'ouvrier, elle ne peut pas non plus lui profiter.

13. L'ouvrier ayant droit à son salaire dès que l'ouvrage est reçu, il a intérêt à le faire recevoir le plus tôt possible, afin de se décharger du risque qu'il court de perdre le fruit de son travail si la chose venait à périr par cas fortuit. Régulièrement l'ouvrage ne peut être vérifié que lorsqu'il est achevé ; dès ce moment l'ouvrier peut le faire vérifier et constituer, au besoin, le maître en demeure de le recevoir. « S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par parties ; elle est censée faite pour toutes les parties payées si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait » (art. 1791). Il suit de là que de simples à-compte payés par le maître ne pourraient pas être allégués par l'ouvrier comme emportant vérification. C'est parce que le payement est proportionné au travail fait que la loi présume que le travail a été vérifié ; tandis qu'un à-compte n'est qu'une avance que le maître paye sur la dette future (1).

14. L'article 1790, après avoir dit que l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer quand la chose périt sans sa faute, ajoute : « A moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière. » Par exemple une pierre précieuse éclate pendant le travail de l'ouvrier, parce qu'elle a une veine. Dans ce cas, la perte arrive par la faute du maître ; c'est donc par la faute du maître que l'ouvrier perd son travail, le maître lui doit une réparation de ce préjudice, et l'indemnité consiste naturellement dans le salaire de l'ouvrier. Celui-ci peut réclamer non-seulement le prix du travail fait au moment de la perte, il a encore droit à des dommages-intérêts pour le gain dont il est privé ; tel est le droit commun, et l'article 1790, loin de déroger au droit commun, ne fait que l'appliquer.

Le vice de la matière qui fait périr la chose ne donne pas toujours à l'ouvrier un droit au salaire. Si la nature du vice est telle, que l'ouvrier ait dû le connaître avant de commencer son travail, il ne peut pas réclamer de sa-

(1) Duranton, t. XVII, p. 245, nº 254. Duvergier, t. II, p. 397, nº 345.

laire, car il est lui-même en faute d'avoir travaillé avec la chance que l'ouvrage périt; c'est une faute qui approche du dol, l'ouvrier voulant tirer le prix d'un travail qu'il sait d'avance être inutile pour le maître. Son devoir est d'avertir celui-ci et de ne pas faire un travail frustratoire. L'article 1792 contient une application de ce principe; il déclare l'entrepreneur responsable de la perte de l'édifice, quoiqu'elle arrive par le vice du sol. Nous reviendrons sur cette application. Il y a même raison de décider quand un ouvrage quelconque périt par le vice de la matière, si l'ouvrier doit connaître le vice, comme l'architecte doit connaître le vice du sol (1).

15. La cour de cassation a jugé, conformément à sa dernière jurisprudence (n° 7), que l'article 1791 n'est pas applicable à l'entreprise d'une construction à élever sur le sol d'un propriétaire avec les matériaux à fournir par l'entrepreneur. Il s'agissait de savoir si le prix est dû à l'entrepreneur du moment où les travaux sont terminés et livrés, ou s'il n'est dû qu'à partir de la vérification et de l'acceptation des travaux. Dans notre opinion, la question doit être décidée dans le dernier sens, puisque les articles 1788-1790, conçus en termes généraux, comprennent toute espèce d'ouvrages. La cour de cassation, au contraire, décide que les articles 1788-1790 ne s'appliquent pas aux constructions qu'un entrepreneur fait avec ses matériaux sur le sol appartenant au propriétaire; et elle en conclut que le prix est dû à l'architecte à partir de l'achèvement des travaux et de leur livraison. Il en résulte une conséquence très-singulière, c'est que la dette du maître existe alors qu'il ne peut pas être forcé à payer; car, tant que les constructions ne sont pas reçues, l'entrepreneur n'a pas d'action contre le maître. Néanmoins la cour de cassation a jugé que le maître devait les intérêts du prix avant la vérification des ouvrages; il devrait donc les intérêts alors qu'il ne doit pas le capital. Il nous semble que la conséquence ne témoigne pas pour le principe

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 335, n° 243 *bis* IV.

d'où elle découle. La doctrine est contraire à la jurisprudence de la cour de cassation (1).

16. Quand le maître a reçu l'ouvrage, l'ouvrier cesse d'être responsable de la perte, quand même il y aurait malfaçon. Le but de la vérification est précisément de s'assurer s'il y a des défauts imputables à la faute de l'ouvrier. Si, après vérification faite, le maître reçoit l'ouvrage, il déclare par cela même qu'il n'y a pas malfaçon, en ce sens qu'il renonce à agir contre l'ouvrier quand même celui-ci serait réellement en faute. Cela est admis par tout le monde dans le cas où les défauts peuvent être reconnus lors de la vérification ; le fait du maître qui paye l'ouvrage, alors qu'il sait qu'il y a malfaçon, implique une renonciation tacite au droit d'agir à raison de la faute de l'ouvrier, renonciation qui est parfaitement valable, puisqu'il ne s'agit que de l'intérêt du maître.

Que faut-il décider si les défauts ne pouvaient être reconnus lors de la vérification? La question est controversée, et il y a doute, même lacune. En principe, l'ouvrier ne peut être déchargé de toute responsabilité, par cela seul que le maître a reçu l'ouvrage. Si l'ouvrier est déchargé de la responsabilité par la vérification, c'est parce que la vérification est possible; quand elle ne l'est pas, en ce sens que les défauts ne se révèlent que postérieurement à la réception de l'ouvrage, il n'y a, à vrai dire, ni vérification ni réception. On ne peut pas dire que le maître reconnaît qu'il n'y a pas de malfaçon ou qu'il renonce à agir en vertu de la malfaçon lorsqu'il n'est pas possible de la constater; on n'approuve pas ce que l'on ne connaît pas, et on ne renonce pas à un droit quand on ignore que le droit existe. On peut invoquer, à l'appui de cette opinion, les paroles que Bérenger a prononcées au conseil d'Etat, bien qu'on les invoque aussi à l'appui de l'opinion contraire. Un membre du conseil demanda si le fait seul de recevoir l'ouvrage déchargeait l'ouvrier de sa responsabilité. Bérenger répondit que le code distingue; l'architecte n'est pas déchargé par la ré-

(1) Rejet, 19 juillet 1870 (Dalloz, 1872, 1, 18), et la note de l'arrêt cité.

ception, puisque la loi prolonge sa responsabilité pendant dix ans (art. 1792); tandis qu'elle n'établit aucun délai pendant lequel l'ouvrier serait responsable après que la vérification aurait eu lieu; cela semble dire qu'il est déchargé par la réception. C'est l'interprétation que Bérenger donnait au projet de code; voici comment il explique la différence que la loi établit, d'après lui, entre l'architecte et l'ouvrier : « On peut facilement vérifier si un meuble est conditionné comme il doit l'être; ainsi, dès qu'il est reçu, il est juste que l'ouvrier soit déchargé de toute responsabilité. Il n'en est pas de même d'un édifice; il peut avoir toutes les apparences de la solidité et cependant être affecté de vices cachés qui le fassent tomber après un laps de temps. L'architecte doit donc en répondre pendant un délai suffisant pour qu'il devienne certain que la construction est solide (1). » En disant que la réception de l'ouvrage décharge l'ouvrier, Bérenger supposait que le maître pouvait facilement vérifier s'il y a un défaut. Lors donc que le défaut ne pouvait être connu, il faut conclure que, dans l'esprit de la loi, comme d'après les principes, il n'y a pas de vérification et que, par suite, l'ouvrier reste tenu de la malfaçon.

Mais la loi, ainsi entendue, aboutit à une conséquence devant laquelle tout le monde recule. L'ouvrier est responsable des défauts qui se révèlent postérieurement à la vérification. Quelle sera la durée de cette responsabilité? La loi ne la limitant pas, comme elle le fait pour l'architecte (art. 1792), il en faut conclure que la responsabilité durerait trente ans. Cette conséquence est certainement en opposition avec la volonté du législateur, il a limité à dix ans la responsabilité de l'architecte; s'il avait entendu que l'ouvrier fût responsable pour des défauts qui se révèlent plus tôt qu'un vice de construction, il aurait également limité la durée de la responsabilité; s'il ne l'a pas fait, c'est qu'il a présumé, ainsi que le dit Bérenger, que la vérification est toujours facile. De fait elle peut ne pas

(1) Séance du conseil d'Etat du 14 nivôse an XII (Locré, t. VII, p. 173, n° 17).

l'être, elle peut même être impossible. Que devient alors la présomption de la loi?

Les uns décident qu'il faut appliquer par analogie l'article 1648, qui limite à un très-bref délai l'action qui naît d'un vice rédhibitoire en matière de vente, c'est-à-dire que le juge déterminera la durée de l'action d'après la nature de l'ouvrage et les vices qui s'y rencontrent (1). Cela nous paraît inadmissible; le pouvoir que la loi accorde au juge, en matière de vente, de déterminer le délai dans lequel l'acheteur doit intenter l'action est si exorbitant, qu'il est impossible de l'appliquer par analogie au louage, les dispositions anormales ne s'étendent pas par voie d'analogie. D'autres disent que l'ouvrier est déchargé, dans tous les cas, par la réception de l'ouvrage; Duvergier, aussi modeste que savant, avoue qu'il a longtemps hésité, et il y a de quoi. La rigueur des principes aboutit à une absurdité, et il est certain que le législateur n'a pas voulu de cette conséquence absurde. Il faut donc s'en tenir à l'interprétation que l'on a donnée au conseil d'Etat, et admettre que la vérification couvre toujours la responsabilité de l'ouvrier (2).

§ II. *Fin du contrat de louage d'ouvrage.*

Nº 1. DROIT DU MAITRE.

17. « Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise » (art. 1794). Cette disposition déroge, en apparence, à un principe fondamental de tout contrat synallagmatique : aucune des parties contractantes ne peut se délier de ses engagements par sa seule volonté. Ce principe s'applique aussi au louage; l'article 1794 y déroge, en faveur du maître, par une considé-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 528, § 374.
(2) Duvergier, t. II, p. 398, nº 347. Troplong, nº 991.

ration d'équité. Il se peut que l'ouvrage commandé ne convienne plus au maître, ou que la situation de sa fortune ne lui permette plus de payer le prix qu'il a promis; l'équité et l'intérêt même de l'ouvrier demandent, dans ces cas, que le maître ne soit pas forcé de tenir le marché. Toutefois les conditions auxquelles la loi subordonne l'exercice de cette faculté exceptionnelle la font rentrer sous l'empire du droit commun. Le maître doit payer à l'ouvrier tout ce à quoi est obligée celle des parties qui ne satisfait pas à ses engagements; elle doit des dommages et intérêts qui comprennent ce que l'autre partie perd et le gain qu'elle manque de faire; or, telles sont précisément les obligations que l'article 1794 impose au maître qui résilie le marché; tous les droits de l'ouvrier sont maintenus : il est dédommagé de ses dépenses, on lui paye son travail et tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise. Ce sont des dommages et intérêts complets (1). Toutefois la disposition reste exceptionnelle, en ce sens que le maître résilie le marché par sa volonté; tandis que, d'après le droit commun, le tribunal prononce la résolution du contrat quand l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements (art. 1184).

18. L'article 1794 semble limiter le droit du maître au marché à forfait. Cependant tous les auteurs admettent que le maître a le même droit quand il s'agit d'un marché à la pièce ou à la mesure. Il est certain que le motif d'équité est le même; on peut dire qu'il y a un motif *a fortiori*, puisque ces marchés peuvent s'exécuter par pièce ou par mesure (2). Mais il y a une difficulté de droit : peut-on étendre par analogie une disposition qui, de quelque manière qu'on l'explique, conserve un caractère exceptionnel? Cela nous paraît douteux.

19. L'article 1794 est-il applicable quand l'ouvrier fournit la matière? La plupart des auteurs se prononcent pour l'affirmative, parce que la loi est conçue en termes généraux. Mais la distinction ne résulte-t-elle pas de la

(1) Demante et Colmet de Santerre, t. VII, p. 365, nos 247 et 247 *bis* I.
(2) Duranton, t. XVII, p. 252, nº 257. Duvergier, t. II, p. 422, nº 371. Colmet de Santerre, p. 366, nº 247 *bis* II.

nature même du contrat? Si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que le contrat est une vente lorsque l'ouvrier fournit la matière, n'en faut-il pas conclure qu'il n'y a pas lieu d'appliquer une disposition exceptionnelle qui n'est faite que pour le louage d'ouvrage? Il est certain que l'acheteur ne peut pas se désister de son marché, quand même il offrirait des dommages-intérêts au vendeur. Cela paraît décisif. Toutefois il y a une différence entre le *marché* et la vente proprement dite. Dans la vente, l'acheteur devient propriétaire de la chose du moment que le contrat est parfait; dès lors on ne conçoit pas qu'il puisse résilier le contrat malgré le vendeur; ce serait transmettre la propriété au vendeur sans son consentement, ce qui est impossible. Il n'en est pas de même dans le marché, puisque l'ouvrage n'est pas encore commencé ou n'est pas achevé; dans ce cas, la résiliation est possible, et les termes généraux de l'article 1794 permettent de l'appliquer à cette hypothèse (1).

N° 2. LA MORT DE L'OUVRIER.

20. « Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, architecte ou entrepreneur » (article 1795). Il n'en est pas de même du louage de choses; d'après l'article 1742, il n'est point résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur. Le rapporteur du Tribunat explique la raison de cette différence. Dans l'ancien droit, on distinguait entre le louage d'ouvrage où le talent de l'artiste avait été spécialement considéré, et le louage d'ouvrage pour lequel l'ouvrier pouvait facilement se laisser remplacer. Il est mieux, dit le rapport, de ne faire aucune distinction, parce que la confiance aux talents, aux soins et à la probité du locateur entre toujours plus ou moins en considération dans le louage d'ouvrage, et que c'est toujours, en définitive, l'obligation d'un fait personnel que le locateur y contracte (2).

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 528, note 11, § 374. Comparez Rejet, chambre civile, 27 avril 1870 (Dalloz, 1871, 1, 286).

(2) Mouricault, Rapport, n° 19 (Locré, t. VII, p. 207).

21. L'article 1795 reçoit-il son application au cas où l'ouvrier fournit la matière? Si l'on tient compte des motifs que nous venons de transcrire, il faut décider la question affirmativement. Il y a cependant une raison de douter. Le contrat, dit-on, est une vente, et la vente ne se résout pas par la mort du vendeur. N'est-ce pas pousser trop loin l'assimilation des deux contrats? Alors même que l'ouvrier fournit la matière, il reste un élément de louage; l'ouvrage, en effet, n'est pas achevé, peut-être pas commencé; donc le talent de l'ouvrier est la considération décisive du marché; le contrat étant personnel de son essence, il faut appliquer l'article 1795. C'est l'opinion de la plupart des auteurs (1).

22. L'article 1795 est-il applicable lorsqu'il y a deux architectes qui se sont obligés solidairement? Il a été jugé que le contrat subsistait à l'égard de l'architecte survivant (2). Cela n'est-il pas trop absolu? Si l'architecte prédécédé n'était qu'une caution solidaire, sa mort ne peut pas rompre le contrat; mais si c'est en considération de son talent que le maître a traité, on se trouve dans les termes et dans l'esprit de l'article 1795; la question doit être décidée, non par les principes de la solidarité, mais par le principe spécial qui régit le contrat de louage d'ouvrage.

23. On a soutenu que l'article 1795 devait recevoir son application au contrat de voiturage de pavés. La cour de Bruxelles pouvait se contenter de citer le texte de la loi pour repousser cette étrange interprétation; elle ajoute que l'article 1795 n'est pas applicable aux conventions par lesquelles une partie s'oblige, non à confectionner un ouvrage, mais à procurer une chose qui peut être faite soit par elle, soit par des ouvriers, puisque, dans ce cas, on n'a pris en considération ni la profession ni l'habileté du débiteur (3).

24. Le contrat de louage est dissous par la mort de

(1) Duranton, t. XVII, p. 253, nº 258, suivi par Duvergier et Aubry et Rau. En sens contraire, Troplong et Marcadé.
(2) Bruxelles, 7 décembre 1842 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 34).
(3) Bruxelles, 17 décembre 1857 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 237).

l'ouvrier. Quelles sont, en ce cas, les obligations du propriétaire? « Il est tenu de payer en proportion du prix porté par la convention, à la succession de l'ouvrier, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles » (art. 1796). Que faut-il entendre, dans cette disposition, par travaux *utiles?* On ne doit pas prendre l'expression dans le sens ordinaire des dépenses utiles, c'est-à-dire de travaux qui procurent au maître un profit pécuniaire; il peut s'agir de dépenses de luxe, elles seront utiles au maître, en ce sens qu'elles lui procurent l'agrément ou la jouissance qu'il attendait du contrat.

Comment détermine-t-on l'indemnité que le maître doit à la succession de l'ouvrier? L'article 1796 dit qu'elle est proportionnelle au prix porté par la convention. Cela suppose une ventilation, c'est-à-dire une comparaison du prix fixé pour l'ouvrage, avec la partie du travail qui est achevée. Quand il y a seulement un commencement d'exécution, consistant en achat de matériaux et en travaux préparatoires, sans qu'il y ait une partie achevée, on ne peut plus procéder par ventilation; l'indemnité s'évaluera d'après l'utilité que le maître peut retirer des matériaux et des travaux (1).

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 367, nº 249 *bis* II.

CHAPITRE IV.

DISPOSITIONS PARTICULIÈRES CONCERNANT LES ARCHITECTES.

---

§ Ier. *De la responsabilité des architectes.*

Nº 1. DES DIVERS CAS DE RESPONSABILITÉ.

25. La responsabilité des architectes est réglée par trois articles que nous commençons par transcrire. « Si l'édifice construit à prix fait périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans » (art. 1792). L'article 2270 contient une disposition analogue : « Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés. » Enfin les articles 1382 et 1383 sont applicables aux architectes : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. » Tous ces articles ont-ils pour objet une seule et même responsabilité?

26. La négative est certaine quant à l'article 1382. Il y a une différence essentielle entre la responsabilité que l'architecte encourt en vertu de l'article 1382 et celle qui lui incombe en vertu des articles 1792 et 2270. L'article 1382 implique qu'il n'y a pas de convention entre celui qui, par son fait, cause un dommage, et celui qui est lésé par le fait dommageable. C'est ce que dit l'article 1370, dont l'article 1382 est une suite et une application : l'en-

gagement qui résulte d'un fait dommageable, appelé délit ou quasi-délit, existe sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. La responsabilité qui naît d'un délit ou d'un quasi-délit est générale, indépendante de la profession qu'exerce l'auteur du fait dommageable; c'est à l'occasion de la profession que le dommage est causé, mais l'obligation de le réparer ne découle pas de la profession, elle résulte du fait dommageable. Lors donc que l'architecte est tenu en vertu de l'article 1382, ce n'est pas comme architecte, ce n'est pas en vertu d'un contrat qui est intervenu entre lui et la personne lésée, il n'y a pas de convention, ou la convention est étrangère au délit et au quasi-délit; l'architecte est obligé de réparer le dommage qu'il cause, comme toute personne y est obligée. Cette obligation n'a rien de commun avec le contrat de louage. Il en est tout autrement de la responsabilité réglée par les articles 1792 et 2270; elle est particulière à l'architecte, et elle tient aux obligations spéciales qu'il contracte en vertu du contrat de louage d'ouvrage. La différence est radicale : d'une part, il s'agit d'une responsabilité naissant d'un délit ou d'un quasi-délit et, d'autre part, il s'agit d'une faute conventionnelle dont l'architecte répond comme débiteur. Les principes qui régissent la faute dans les contrats et dans les délits ou quasi-délits sont très-différents; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* et au titre *Des engagements naissant des délits et quasi-délits* (t. XVI, n° 230; t. XX, n^os^ 462 et 463, 523).

27. Nous avons dit bien des fois que, dans la pratique, on confond la responsabilité des articles 1382 et 1383 avec la responsabilité des fautes conventionnelles. La confusion tient à la fausse théorie de la faute, que nous avons signalée ailleurs. On s'étonne de voir la cour de cassation partager une erreur que le texte de la loi condamne; ce qui aboutit à cette étrange conséquence que le délit est assimilé à une convention. La cour a jugé, dans un arrêt de principe, que la responsabilité établie par l'article 2270 est soumise aux règles établies par les arti-

cles 1382 et 1383 (1); c'est dire qu'une faute conventionnelle est régie par les principes qui concernent les délits et les quasi-délits. L'erreur est certaine, puisqu'elle est prouvée par les textes de la loi. Il suffit de mettre en regard l'article 1137, relatif à la faute conventionnelle, et l'article 1382, concernant la faute dite aquilienne, pour se convaincre que ces fautes diffèrent. La faute de l'article 1137 est la faute légère, tandis que la faute de l'article 1382 est la faute la plus légère; dire que l'architecte répond de la faute de l'article 1382, alors qu'il est question du contrat de louage, c'est dire qu'il est tenu tout ensemble, et à raison du même fait, de la faute légère et de la faute la plus légère; ce qui implique contradiction.

28. Les conséquences des deux espèces de fautes sont également différentes. Il est de jurisprudence que les coauteurs d'un fait dommageable sont tenus solidairement des dommages-intérêts. Il en serait ainsi de l'architecte et de l'entrepreneur quand ils sont responsables en vertu d'un fait étranger au contrat de louage. Mais quand il s'agit de l'inexécution des engagements qu'ils ont contractés comme architectes et entrepreneurs, il ne peut plus être question de solidarité, car la solidarité conventionnelle n'existe que dans les cas déterminés par la loi (art. 1202). Un arrêt récent de la cour de cassation confond ces notions élémentaires. Dans l'espèce, il s'agissait de travaux de reconstruction exécutés par un entrepreneur de travaux de maçonnerie; l'architecte avait mission de surveiller les travaux. Les travaux occasionnèrent des dégâts à la maison contiguë, et il était constaté que le dommage provenait de la négligence apportée par l'entrepreneur dans l'exécution des travaux, notamment parce qu'un mur avait été construit en sous-œuvre, sans avoir l'épaisseur voulue et sans qu'on eût pris la précaution d'étayer. De là une action en dommages-intérêts du propriétaire lésé. C'était une action fondée sur un délit, et intentée contre l'entrepreneur, auteur du fait dommageable. On mit aussi en cause l'architecte. Si la cour s'était bornée à dire que l'ar-

1) Rejet, 15 juin 1863 (Dalloz, 1863, 1, 421).

chitecte était coupable d'une faute d'omission, parce qu'il avait surveillé les travaux avec négligence, elle serait restée dans les termes de l'article 1382; mais, pour répondre à une objection du pourvoi, la cour ajoute que l'architecte, aussi bien que l'entrepreneur, est tenu des obligations principales qui naissent du contrat de louage d'ouvrage; et, en conséquence, l'arrêt condamna solidairement l'entrepreneur et l'architecte (1). C'est mêler deux ordres d'idées très-distincts. L'action du propriétaire lésé n'avait rien de commun avec le contrat de louage : elle se fondait uniquement sur un fait dommageable; par conséquent il fallait laisser de côté le contrat de louage et les obligations qui en naissent, pour ne considérer que le fait dommageable.

Un décret du conseil d'Etat met l'erreur dans tout son jour. Dans l'espèce, l'article 1382 était hors de cause; ce n'était pas un tiers étranger au contrat qui intentait l'action à raison d'un fait dommageable; le propriétaire agissait pour malfaçon contre l'entrepreneur et contre l'architecte, pour une faute commune qu'ils avaient commise dans l'exécution du contrat de louage; il résultait de l'expertise que des poutres avaient fléchi, ce que les experts attribuaient aussi bien à l'insuffisance des dimensions prescrites au devis qu'à la mauvaise qualité du bois; la flexion était donc imputable à l'architecte et à l'entrepreneur; en conséquence le conseil d'Etat condamna l'un et l'autre solidairement au remplacement des poutres (2). Où était le quasi-délit qui seul, d'après la jurisprudence, permettait de prononcer une condamnation solidaire? La faute était certainement conventionnelle, donc la solidarité ne pouvait résulter que d'une stipulation expresse; la fonder sur l'article 1382, c'est confondre la convention avec le quasi-délit.

La cour de Paris a mieux jugé, tout en motivant très-mal sa décision. Dans l'espèce, l'architecte et l'entrepreneur avaient commis chacun une faute distincte; c'est sur

(1) Rejet, 25 mars 1874 (Dalloz, 1874, 1, 285).
(2) Décret du 11 mai 1854 (Dalloz, 1854, 3, 61).

cette circonstance de la cause que la cour se fonde pour en conclure que l'architecte et l'entrepreneur n'avaient pas participé à un quasi-délit, et que, par suite, ils n'étaient pas tenus solidairement(1). C'est dire que la faute commise par l'architecte et par l'entrepreneur dans l'exécution du contrat est un quasi-délit, et que si la faute avait été commune, la cour les aurait condamnés solidairement; c'eût été violer l'article 1202 et faire une fausse application de l'article 1382 : une faute conventionnelle ne saurait être un quasi-délit, puisque, d'après les termes formels de l'article 1370, le quasi-délit suppose qu'il n'y a aucune convention entre l'auteur du fait dommageable et la partie lésée.

29. Nous arrivons à une question plus difficile et très-controversée. L'article 1792 déclare l'architecte responsable de la perte totale ou partielle de l'édifice quand il périt par le vice de construction ou par le vice du sol. Et, d'après l'article 2270, l'architecte est garant des gros ouvrages qu'il a faits ou dirigés. Ces deux articles établissent-ils une seule et même responsabilité? ou prévoient-ils des cas différents, et ces cas sont-ils régis par des principes différents? Les auteurs enseignent généralement que l'article 2270 n'a fait que compléter la disposition de l'article 1792, en étendant à tous les gros ouvrages la responsabilité que l'article 1792 semblait limiter à la construction d'édifices à prix fait. MM. Aubry et Rau, au contraire, soutiennent que la responsabilité de l'article 2270 diffère de la responsabilité de l'article 1792 et quant aux causes et quant aux effets; ils invoquent, à l'appui de leur doctrine, la jurisprudence de la cour de cassation (2). Nous n'oserions pas affirmer que la jurisprudence a une doctrine arrêtée, un principe certain. Des deux arrêts que l'on cite, l'un ne dit pas ce qu'on lui fait dire, et l'autre est si erroné, qu'il est difficile de lui attribuer une valeur doctrinale. Il s'agit de savoir si l'article 2270 prévoit une hypothèse identique à celle de l'article 1792, et surtout s'il établit des principes différents; car si les principes

(1) Paris, 17 novembre 1849 (Dalloz, 1850, 2. 206).
(2) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. IV, p. 530, note 18, § 374.

qui régissent les deux cas sont les mêmes, qu'importe que les cas diffèrent? Or, l'arrêt de 1844 ne cite pas l'article 2270; la question que nous allons examiner n'a pas même été soulevée dans le procès. De quoi s'agissait-il? Il y avait un entrepreneur des travaux et un architecte; la question était de savoir si celui-ci était responsable, bien qu'il n'eût pas pris part à l'exécution des travaux (1). Nous reviendrons sur la difficulté décidée par la cour; toujours est-il qu'elle ne tranche pas la question de principe, par la raison bien simple qu'elle ne lui était pas soumise.

L'arrêt de 1863 est plus explicite; il dit que l'article 2270 a une signification plus étendue que l'article 1792, qu'il n'exige pas que l'édifice ait péri en tout ou en partie; qu'il n'exige pas la condition du forfait; et que, d'un autre côté, il s'applique aux grosses réparations; tandis que l'article 1792 ne parle que de la construction d'un édifice. Cette différence entre les deux dispositions est certaine; elle est écrite dans les textes, et personne n'a jamais songé à la nier. Il s'agit de savoir si les cas qui ne rentrent pas dans l'article 1792, et qui sont régis par l'article 2270, sont soumis à des règles différentes. La cour de cassation admet qu'il y a une différence concernant la preuve: c'est que l'article 1792 établit une présomption de faute, tandis que l'article 2270 ne présume pas la faute de l'architecte. Qu'est-ce que la cour en conclut? Que le demandeur doit prouver la faute de l'architecte en vertu de l'article 1382 (2). Est-ce là la doctrine de MM. Aubry et Rau? Non, certes. L'opinion consacrée par l'arrêt de 1863 repose sur une erreur; nous y reviendrons. Si donc la jurisprudence a un principe, c'est celui de l'article 1382, et ce prétendu principe est une erreur. Il faut laisser de côté la jurisprudence pour s'en tenir au texte de la loi et aux principes.

(1) Rejet, 12 novembre 1843 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 138).

(2) Rejet, 24 mars 1863 (Dalloz, 1863, 1, 422). On pourrait encore invoquer un arrêt de Gand, du 12 août 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 35), mais la question qu'il décide est tout autre que celle qui divise les auteurs et la jurisprudence.

30. En théorie, nous préférons l'opinion enseignée par la généralité des auteurs. La responsabilité de l'architecte est une, et non multiple; elle découle de la même cause, de la diligence qu'il promet d'apporter à l'exécution de ses obligations; ce sont les soins d'un bon père de famille dont tout débiteur est tenu, soins qui se spécialisent à raison de la spécialité du louage d'ouvrage, en ce sens que l'architecte est tenu de tous les soins d'un bon architecte; il est responsable quand il ne satisfait pas à cette obligation. Quand n'y satisfait-il pas? L'article 1792 prévoit un cas, le plus grave, la perte totale ou partielle de l'édifice par le vice de la construction ou par le vice du sol. Ce cas n'est pas le seul, ni même le plus fréquent, car la perte accuse une faute lourde, une impéritie ou une négligence que d'ordinaire on ne rencontre pas chez les hommes de l'art. Est-ce à dire que l'architecte ne réponde pas de sa faute dès que l'édifice ne tombe pas en ruine? Personne n'oserait le prétendre. Qu'importe que l'article 1792 ne parle que de la destruction de l'édifice? L'objet de cette disposition n'est pas d'établir le principe de la responsabilité de l'architecte; une disposition spéciale était inutile. La loi ne dit pas que l'ouvrier répond de sa faute; elle n'avait pas besoin de dire que l'architecte est responsable quand l'édifice périt par le vice de la construction ou par le vice du sol, c'est-à-dire par une faute qui est imputable au constructeur; mais il fallait déterminer la durée de cette responsabilité. L'architecte sera-t-il responsable à quelque époque que l'édifice vienne à périr par sa faute? Sera-t-il responsable alors même que la perte arrive après que la construction a été vérifiée et reçue? Telles sont les difficultés que décide l'article 1792; cette disposition n'est donc relative qu'à la durée de la garantie, que la loi fixe à dix ans. S'il en est ainsi, l'article 2270 s'explique facilement. Il complète l'article 1792. Au titre du *Louage* la loi n'avait prévu que le travail ordinaire de l'architecte, la construction d'un édifice; la disposition était trop restreinte, l'architecte peut faire d'autres travaux que de construire un bâtiment; et alors même qu'il s'agit d'un bâtiment, il peut être employé à

faire ou à diriger des réparations importantes. Il n'était pas douteux qu'il répondît, dans tous ces cas, de sa faute, mais on pouvait douter que le terme arbitraire de dix ans pût s'étendre à des cas non prévus par le texte. De là la nécessité d'une disposition complémentaire; c'est celle de l'article 2270, qui comprend tous les gros ouvrages ; elle se trouve au titre de la *Prescription*, parce qu'il s'agit de déterminer la durée de la garantie. Mieux eût valu réunir les deux dispositions pour n'en faire qu'une seule, applicable à toutes les hypothèses où l'architecte répond de sa faute. Mais les divers titres du code ayant été discutés, votés et publiés séparément, on comprend qu'un article postérieur vienne compléter un article antérieur. Ce qui prouve que l'article 2270 ne fait qu'un avec l'article 1792, c'est que l'objet des deux dispositions est le même : déterminer la durée de la responsabilité de l'architecte. Et la décision du législateur est aussi la même : dans l'un et l'autre cas, la responsabilité dure dix ans (1).

31. Qu'objecte-t-on contre cette interprétation? L'article 1792, dit-on, etablit une présomption de faute; or, aucune présomption légale ne peut être étendue à des cas non prévus par la loi qui l'établit (2). C'est dire, comme le fait la cour de cassation, que l'article 1792 établit une présomption légale de faute ; tandis que l'article 2270 ne présume pas la faute de l'architecte ; d'où la cour conclut qu'il faut appliquer le principe de l'article 1382, d'après lequel la preuve de la faute incombe au demandeur. Sur ce point, les partisans de la doctrine que nous combattons sont en désaccord; Aubry et Rau écartent l'article 1382, tout en posant en principe que, dans le cas prévu par l'article 2270, le demandeur doit prouver la faute de l'architecte; tandis que, dans le cas de l'article 1792, il n'a rien à prouver, la présomption légale lui tenant lieu de preuve. Est-il bien vrai qu'il y a une présomption légale de faute? et que cette présomption n'existe que dans le cas de l'article 1792?

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 357, nos 245 *bis* II et III.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 530, note 18, § 374. Rejet, 15 juin 1863 (Dalloz, 1863, 1, 421).

L'article 1792 porte que l'architecte répond pendant dix ans de la perte si l'édifice périt par le vice de la construction ou par le vice du sol, c'est-à-dire si la perte arrive par la faute de l'architecte. Est-ce que cette faute est présumée? suffit-il que la perte arrive dans les dix ans pour que, par cela seul, l'architecte soit responsable? La loi ne dit pas cela; elle rend l'architecte responsable sous une condition, « si l'édifice périt par le vice de la construction ou par le vice du sol ». C'est donc au propriétaire à prouver que la perte est arrivée par l'un de ces vices; donc le demandeur doit prouver la faute de l'architecte. S'il y a une présomption dans l'article 1792, elle est en faveur, non du propriétaire, mais de l'architecte, en ce sens qu'après dix ans la perte du bâtiment n'est plus imputable à l'architecte; il n'en répond plus, il est donc présumé n'être pas en faute. Et l'article 2270 dit précisément la même chose : l'architecte est déchargé, après dix ans, de la garantie des gros ouvrages qu'il a faits ou dirigés; sa responsabilité cesse. Si l'on admet que l'article 1792 établit une présomption légale de faute contre l'architecte, il faut admettre la même présomption dans le cas de l'article 2270, car les deux dispositions sont identiques sous ce rapport. Dire que l'architecte est déchargé après dix ans de la garantie des gros ouvrages, c'est dire qu'il en est garant pendant ce délai. Il y a plus; l'article 2270 n'établit pas même de conditions sous lesquelles l'architecte serait garant, il ne parle ni de vice de la construction, ni de vice du sol; on pourrait donc soutenir que la loi établit une présomption absoluede faute dans le cas de l'article2270. A notre avis, ce serait mal raisonner. Aucune des deux dispositions n'a pour objet de décider une question de preuve; l'une et l'autre n'ont d'autre but que de fixer la durée de la garantie, et, sous ce rapport, elles sont identiques : après dix ans l'architecte n'est plus responsable. Dira-t-on qu'il résulte de là une présomption contre l'architecte pendant les dix ans, c'est-à-dire que pendant ce délai il répond de la perte, sans que le propriétaire soit tenu de prouver que le constructeur est en faute? Nous répondons que la loi ne dit pas cela; l'arti-

cle 1792 dit plutôt le contraire, puisqu'il subordonne la responsabilité à une condition; d'ailleurs on ne crée pas de présomptions par voie d'induction, et le texte de la loi ne dit pas que la perte de l'édifice pendant le délai de dix ans est imputable à l'architecte; la loi dit, ce qui est bien différent, que si, dans ce délai, l'édifice périt par le vice de la construction ou du sol, l'architecte en répond; c'est limiter la durée de la garantie, ce n'est pas dire que l'architecte est garant, sans que le demandeur ait à prouver que le constructeur est en faute.

§ II. *De la responsabilité prévue par l'article* 1792.

N° 1. LE PRINCIPE.

32. L'article 1792 déclare l'architecte responsable pendant dix ans de la perte de l'édifice si elle arrive par le vice de la construction ou par le vice du sol. Quel est l'objet de cette disposition? C'est le point capital; pour interpréter la loi, il faut savoir ce que le législateur a voulu. La cour de cassation dit que l'article 1792 établit une présomption légale de faute à charge de l'architecte (n° 31). Nous venons de combattre cette opinion. Le texte de la loi ne parle pas d'une présomption, il ne parle pas de la preuve de la faute, il suppose qu'il y a faute; et l'architecte est certes en faute si l'édifice périt par le vice de la construction ou du sol. Y a-t-il, sous ce rapport, quelque chose de spécial à l'architecte? Non, tout ouvrier qui s'engage à faire un ouvrage répond de sa faute, qui consiste dans la malfaçon. Mais cette responsabilité se couvre par la vérification ou la réception (n° 16). Il n'en est pas de même de l'architecte. Régulièrement la construction est vérifiée et reçue par le propriétaire dès qu'elle est achevée; cela n'empêche pas que l'architecte réponde de la perte de l'édifice s'il périt par le vice de la construction ou du sol. Voilà ce qu'il y a de spécial à l'architecte, sa responsabilité dure plus longtemps que celle de l'ouvrier ordinaire, la loi a fixé la durée de la garantie à dix ans. Quelle est la raison de cette différence? Nous avons trans-

crit les paroles de Bérenger lors de la discussion du projet de code; c'est l'explication officielle de la loi : si l'architecte est responsable pendant dix ans, malgré la vérification et la réception de l'ouvrage, c'est que l'édifice a d'ordinaire, au moment où la construction est achevée, toutes les apparences de la solidité; les vices de la construction ne se révèlent qu'après un laps de temps plus ou moins long; il fallait donc faire durer la responsabilité de l'architecte pendant un temps assez long pour qu'elle fût efficace; elle ne l'eût pas été si la vérification de l'ouvrage y eût mis fin; voilà pourquoi la loi la prolonge pendant dix ans. En quoi donc l'article 1792 déroge-t-il au droit commun? En ce que la responsabilité de l'architecte, à raison de sa faute, subsiste malgré la vérification des travaux. Y a-t-il là une présomption de faute? L'article 1792 a été l'objet d'une assez longue discussion au conseil d'Etat; il n'a pas été dit un mot d'une présomption légale de faute. S'il y a une présomption dans la loi, c'est celle qui résulte de la décharge de l'architecte après les dix ans; la loi présume que la perte de l'édifice qui arrive après les dix ans n'est plus imputable à la faute de l'architecte; si l'édifice dure dix ans, il est probable qu'il n'y a point de vice de construction ni de sol. Est-ce à dire que si la perte arrive dans le délai de la garantie, la loi présume la faute de l'architecte? L'article 1792 ne dit pas cela. Régulièrement le tribunal nomme des experts qui constatent la cause de la destruction de l'édifice; c'est l'expertise, ce n'est pas une présomption qui établit la faute de l'architecte (1).

33. L'article 1792 porte que l'architecte répond de la perte si l'édifice s'écroule par le vice de la construction, ou *même* par le vice du sol. Pourquoi la loi rend-elle l'architecte responsable de la perte qui arrive par le vice du sol, quoique le sol soit fourni d'ordinaire par le propriétaire? L'article 1792 semble déroger au principe de l'article 1790, aux termes duquel le maître répond du vice de la matière qu'il fournit à l'ouvrier. En réalité, la loi

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 357, nº 245 *bis* I.

ne fait qu'appliquer les principes généraux. En effet, l'ouvrier répond du vice de la matière si, à raison de sa profession, il a dû connaître le vice qui éclate pendant qu'il travaille (n° 14); or, l'architecte doit étudier et connaître le sol avant de s'engager à construire; le propriétaire ne peut pas connaître le vice du sol qu'il livre à l'architecte, c'est l'affaire de l'architecte; dès lors il doit répondre des vices du sol : les ignore-t-il, il y a impéritie et négligence : les connaît-il, il doit avertir le propriétaire et se refuser à élever une construction qui doit nécessairement périr.

Que faut-il décider si l'architecte avertit le propriétaire des vices du sol et que néanmoins le propriétaire persiste à vouloir bâtir? L'architecte sera-t-il, dans ce cas, responsable? Le projet de code proposé par la commission portait : « Si l'édifice construit à prix fait périt par le vice du sol, l'architecte en est responsable, *à moins qu'il ne prouve avoir fait au maître les représentations convenables pour le dissuader d'y bâtir*. » Cette disposition fut retranchée par la section de législation du conseil d'Etat; lors de la discussion, Cambacérès proposa de la rétablir; Tronchet, Bigot-Préameneu, Réal, Treilhard combattirent la proposition, qui ne fut pas admise. Il importe de constater les raisons qu'ils firent valoir pour maintenir la responsabilité de l'architecte. Le propriétaire ne connaît pas les règles de la construction; c'est à l'architecte de l'en instruire et de ne pas s'en écarter par une complaisance condamnable; il ne doit pas suivre les caprices d'un propriétaire assez insensé pour compromettre sa sûreté personnelle, en même temps que la sûreté publique (1). Ainsi, en maintenant la responsabilité de l'architecte, on voulait sauvegarder l'intérêt public, qui s'oppose à ce qu'on élève des constructions dont la chute nécessaire pourrait entraîner des accidents funestes. Les parties ne peuvent pas faire des conventions qui compromettent la sûreté des personnes; l'architecte ne peut donc pas s'excuser d'avoir construit sur un sol vicieux, alors

(1) Séance du conseil d'Etat du 14 nivôse an XII, nos 18 et 19 (Locré, t. VII, p. 173).

même que le propriétaire lui en aurait donné l'ordre. Vainement le propriétaire le déchargerait-il de la responsabilité que la loi lui impose; il ne lui appartient pas de donner une pareille décharge, car il ne s'agit pas d'intérêts pécuniaires, la vie de ceux qui habiteront l'édifice sera en danger; donc l'ordre public est en cause, ce qui est décisif. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. La cour d'Aix admet néanmoins que l'architecte peut se faire décharger de sa responsabilité par le propriétaire (1); cela nous paraît contraire à l'esprit de la loi, tel que nous venons de l'exposer d'après la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat : valider la décharge, c'est engager l'architecte à construire, au risque de la vie de ceux qui habiteront la maison; la décharge est donc contraire à l'intérêt public, ce qui la rend nulle; elle est encore contraire aux bonnes mœurs, en ce sens que l'architecte viole son devoir s'il construit sachant que les vices du sol feront crouler l'édifice; il met son intérêt pécuniaire au-dessus de son devoir, et sacrifier son devoir à son intérêt, c'est faire une chose immorale.

34. L'architecte est-il responsable de la perte dans le cas où il fournit le sol? La difficulté est de savoir si le contrat est régi, dans ce cas, par les principes de la vente ou par les principes du louage. Nous avons enseigné que, d'après l'esprit de la loi, le contrat est une vente lorsque l'ouvrier fournit la matière (n° 5). En faut-il conclure que l'article 1792 n'est pas applicable dans cette hypothèse? C'est l'avis de Troplong, mais il est resté isolé. Quoique le contrat soit une vente, il contient un élément de louage, et cet élément suffit pour que l'on doive appliquer l'article 1792. En effet, lorsque le contrat se forme, l'édifice n'est pas construit, l'architecte s'engage seulement à le construire; il promet donc les soins et la diligence d'un homme de l'art : c'est dire qu'il doit répondre de son impéritie et de sa négligence (2).

(1) Aix, 18 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 146, 2°). Bastia, 7 mars 1854 (Dalloz, 1854, 2, 117). Duvergier, t. II, p. 402, n° 351. Aubry et Rau, t. IV, p. 532, note 27, § 374.

(2) Duranton, t. XVII, p. 247, n° 255, et tous les auteurs, sauf le dissentiment de Troplong, n° 1015 (Aubry et Rau, t. IV, p. 529, note 17, § 374).

35. Le code ne parle pas spécialement des matériaux. Quand l'architecte les fournit, il va sans dire qu'il en répond ; il en répond encore quoique le propriétaire les fournisse ; ce que nous avons dit du sol (n° 34) s'applique aux matériaux ; le devoir de l'architecte est de refuser de mauvais matériaux, parce qu'en les employant il compromet la solidité de l'édifice et, par conséquent, la sûreté publique. La cour de Pau l'a jugé ainsi, mais elle a tort d'invoquer l'article 1382 (1). Il y a sans doute un délit civil à compromettre la vie des hommes ; toutefois, si c'est un débiteur qui est responsable de l'inexécution de ses obligations, il faut laisser de côté l'article 1382, la faute est conventionnelle, et elle est régie par les principes des obligations. La cour de Paris a appliqué les vrais principes dans une espèce où il était constant que les tassements et les fléchissements des étages supérieurs avaient pour cause la faiblesse des bois employés. Vainement l'architecte s'excusait-il en alléguant que le propriétaire, dans un but d'économie, avait exigé l'emploi du bois de sapin et réglé la dimension et l'épaisseur à leur donner ; la cour répond que, comme entrepreneur, il était tenu, dans un intérêt d'ordre public, de garantir la solidité des bâtiments qu'il s'engageait à construire conformément aux règles de l'art (2).

N° 2. A QUI S'APPLIQUE LA DISPOSITION DE L'ARTICLE 1792 ?

36. L'article 1792 porte que les *architectes* et *entrepreneurs* répondent pendant dix ans de la perte de l'édifice ; il ne reçoit donc d'application qu'à ceux qui construisent à titre d'architecte ou d'entrepreneur. La raison en est qu'eux seuls ont les connaissances nécessaires pour élever des constructions conformes aux règles de l'art ; eux seuls peuvent donc prendre l'engagement de construire d'après ces règles, en répondant de leur impéritie et de leur négligence. Si le propriétaire n'emploie que des ouvriers tra-

(1) Pau, 13 mars 1845 (Dalloz, 1845, 2, 124).
(2) Paris, 9 juin 1853 (Dalloz, 1855, 2, 321). Comparez Duranton, t. XVII, p. 248, n° 256.

vaillant à la tâche, il n'y a pas d'entrepreneur ni d'architecte, c'est le propriétaire lui-même qui a la prétention de remplacer l'homme de l'art; de fait c'est lui qui dirige les travaux, dès lors il ne peut s'agir de la responsabilité de l'article 1792. L'ouvrier n'est pas responsable des vices du sol, parce qu'il n'est pas censé connaître le sol; il n'est pas responsable des vices de construction, parce que ce n'est pas lui qui construit, c'est le propriétaire; l'ouvrier ne fait qu'exécuter le travail matériel qu'on lui commande, et il en répond d'après le droit commun, c'est-à-dire que la vérification des travaux le décharge de la responsabilité. Si donc l'édifice s'écroule, fût-ce dans les dix ans, le propriétaire n'a aucune action contre les ouvriers qu'il a employés.

La cour de cassation l'a jugé ainsi, mais nous ne pouvons accepter les motifs qu'elle donne. Elle pose en principe que, d'après les règles générales du droit, l'architecte, l'entrepreneur et *tous ceux qui concourent à la construction d'un édifice* sont responsables des vices de construction, à la condition qu'il sera justifié d'une faute de leur part; et la preuve, hors le cas prévu par l'article 1792, incombe au propriétaire. Il est vrai que tout ouvrier répond de sa faute; mais l'ouvrier qui n'est pas entrepreneur ni architecte ne répond pas du vice de construction, en ce sens que ce n'est pas lui qui construit et dirige les travaux; il répond de l'ouvrage spécial qu'il fait, et c'est naturellement au maître de prouver la malfaçon; il faut ajouter, ce que la cour ne dit point et ce qui est cependant le point essentiel, que l'ouvrier est déchargé de sa responsabilité par la vérification et la réception de l'ouvrage. L'article 1792 déroge-t-il à ces principes? A entendre la cour de cassation, la dérogation consisterait en ceci, c'est que la preuve de la faute qui, d'après le droit commun, incombe au demandeur, ne devrait pas être faite par le propriétaire qui agit en responsabilité contre l'architecte. L'article 1792 ne dit pas cela. S'il déroge au droit commun, c'est que l'ouvrier est déchargé de sa responsabilité dès qu'il a fourni l'ouvrage et que le propriétaire l'a reçu, tandis que l'architecte est responsable pendant dix ans.

Dans l'espèce, il s'agissait de la construction de murs ; le constructeur n'avait ni le titre ni la fonction d'architecte ; ses services avaient plutôt le caractère de louage d'ouvrage et d'une sorte de domesticité, sans aucune initiative personnelle et sous la direction d'un maître. Les murs tombèrent en ruine : l'ouvrier était-il responsable? La décision est très-simple, et il était inutile de recourir aux principes qui régissent la preuve : on ne peut pas invoquer l'article 1792 contre celui qui n'est ni architecte ni entrepreneur (1).

37. On appelle tâcherons ceux qui exécutent des travaux à la tâche sous la direction, les ordres et la surveillance d'un entrepreneur ; ce ne sont pas de simples ouvriers, en ce sens qu'ils font des marchés à prix fait avec l'entrepreneur, et ces marchés peuvent être considérables ; toutefois ils ne sont ni entrepreneurs ni architectes. Il ne suffit pas de traiter à forfait pour être entrepreneur ; ce qui caractérise l'entrepreneur, c'est qu'il traite directement avec le maître (art. 1799) ; ceux qui traitent avec l'entrepreneur et qui travaillent sous ses ordres et, le plus souvent avec ses matériaux, ne sont que des ouvriers, quelle que soit l'importance de l'ouvrage qu'ils exécutent ; voilà pourquoi on leur donne un nom particulier dans la pratique. La cour de cassation en a conclu que l'article 1792 ne leur était pas applicable (2) ; l'arrêt ne s'explique, du reste, pas sur la responsabilité qui leur est imposée ; c'est celle du droit commun, c'est-à-dire celle des ouvriers dont nous venons de parler (n° 36).

38. La loi déclare responsable les *architecte et entrepreneur*. Cela veut-il dire que si, pour une construction, le propriétaire emploie un architecte *et* un entrepreneur, ils sont l'un et l'autre responsables, et au même titre, de la perte si elle arrive par vice de la construction ou du sol? La question n'est pas sans difficulté. Il faut distinguer les diverses hypothèses qui peuvent se présenter. La mission de l'architecte diffère de celle de l'entrepreneur,

(1) Rejet, 26 novembre 1873 (Dalloz, 1875, 1, 20).
(2) Rejet, chambre civile, 12 février 1868 (Dalloz, 1868, 1, 502).

et s'il reste dans les limites de ses attributions, il ne répond que de l'ouvrage qui lui est confié, il ne répond pas du travail de l'entrepreneur. Reste à savoir quelle est la mission de l'architecte. Ce n'est pas là une question de droit, car tout dépend de la volonté des parties contractantes. L'architecte peut être entrepreneur, il peut aussi intervenir dans l'exécution de l'entreprise. S'il est seulement chargé de dresser les plans et de rédiger les devis, il répond des plans et des devis, il ne répond pas des travaux auxquels, nous le supposons, il est resté étranger. Si les plans et devis sont conformes aux règles de l'art, l'architecte sera-t-il responsable de la chute de l'édifice? Non, s'il n'y a aucune faute à lui reprocher; il ne répondra pas des vices de construction, car ce n'est pas lui qui a fait les travaux, et on suppose qu'il ne les a pas dirigés; mais il répondra des vices du sol, car le devoir de l'architecte est avant tout d'étudier le terrain pour faire son plan et ses devis en conséquence. Quant à l'exécution proprement dite des travaux, elle appartient, dans notre hypothèse, à l'entrepreneur; si elle n'est pas conforme aux règles de l'art, il va sans dire qu'il en répondra. Si les plans sont mal faits, l'architecte sera responsable. La responsabilité de l'architecte couvrira-t-elle la responsabilité de l'entrepreneur? Non, à notre avis, car l'entrepreneur ne doit pas exécuter un plan vicieux; ce serait construire avec la certitude ou la probabilité que l'édifice s'écroulera; ce n'est pas là agir avec les soins que l'on demande d'un entrepreneur; il est en faute, donc il est responsable. Mais il faut qu'il y ait faute, et cette question est essentiellement de fait (1).

Dans cette hypothèse, la responsabilité de l'architecte est limitée; en serait-il de même s'il avait dirigé les travaux? Diriger les travaux, c'est intervenir dans leur exécution; par suite la responsabilité de l'architecte est plus étendue; elle embrasse la direction, ce qui comprend aussi la vérification des matériaux, chose essentielle, puisqu'il

(1) La cour de Rennes a déchargé l'entrepreneur de la responsabilité en se fondant sur les circonstances de la cause (Rennes, 9 avril 1870, Dalloz, 1872, 2, 110).

arrive souvent que les édifices s'écroulent ou doivent être fortifiés à raison de la mauvaise qualité des matériaux. L'architecte et l'entrepreneur, concourant au même travail, sont soumis à la même responsabilité. En cas de perte, le propriétaire aura un double recours. Comment sera réglée la part respective de l'architecte et de l'entrepreneur dans les dommages-intérêts? Il est certain qu'ils ne sont pas solidairement responsables, à moins que le contrat ne stipule la solidarité (n° 29). La responsabilité se partagera à raison de la faute de chacun des débiteurs (1).

39. Tels sont les principes. L'application dépend des circonstances de la cause; la jurisprudence a peu d'autorité en cette matière, parce que les arrêts sont des décisions d'espèces. Une église est construite sur les plans dressés par deux architectes. Les travaux de construction furent adjugés à trois entrepreneurs, l'un pour la charpente, un second pour la maçonnerie et un troisième pour la serrurerie; la mission des architectes consistait à surveiller et à diriger les travaux de construction. Le cahier des charges contenait des dispositions minutieuses, notamment sur la qualité des bois de charpente; et il était dit dans une disposition générale que les architectes et les entrepreneurs seraient responsables, pendant dix ans, des ouvrages exécutés pour la construction de l'église, conformément à l'article 1792. Quelques années après que les travaux eurent été reçus, des dégradations et des accidents graves se manifestèrent et menacèrent l'existence de l'édifice. La ville intenta une action contre les architectes et les entrepreneurs. Deux expertises eurent lieu; elles constatèrent que la cause de tous les accidents tenait à la mauvaise qualité des bois de charpente. Il n'y avait point de doute sur la responsabilité de l'entrepreneur; il fut condamné par le premier juge et il ne forma pas d'appel. Le tribunal déclara aussi les architectes responsables, par le motif qu'ils étaient non-seulement les auteurs des plans et devis,

(1) Comparez Duvergier, t. II, p. 405, nos 353, 354. Aubry et Rau, t. IV, p. 532, § 374.

mais qu'ils avaient aussi conduit et dirigé les travaux; l'emploi de mauvais matériaux constituant une faute lourde, les architectes en devaient répondre, d'autant plus qu'eux-mêmes avaient réglé, jusque dans les moindres détails, les qualités que le bois devait avoir. Vainement disaient-ils que les vices du bois employé étaient cachés ; ils avaient prohibé dans le cahier des charges l'emploi du bois vert, ils devaient donc avoir un moyen de le reconnaître. En appel, la décision fut infirmée. La cour de Paris reconnaît, en principe, la responsabilité des architectes, ce qui tranche la question de droit ; mais, en fait, elle décide que les architectes ne peuvent être responsables de la qualité défectueuse du bois, que s'il est prouvé qu'ils ont accepté des bois ne remplissant pas les conditions voulues, ou dans le cas où le vice des bois eût été apparent et reconnaissable ; or, les bois employés étaient des bois de chêne coupés depuis deux ans. Quant à la cause de la dégénérescence du bois, elle n'avait pu être déterminée avec certitude ; il était seulement établi que cette cause avait agi du centre à la surface, de sorte que le bois présentait toutes les apparences d'une charpente convenable. La cour conclut que la ville ne prouvait pas d'une manière suffisante la faute des architectes, partant ceux-ci ne pouvaient être responsables. Sur le pourvoi il intervint un arrêt de rejet qui décida que l'article 1792 n'était pas applicable à l'espèce, parce que les architectes ne s'étaient pas engagés à construire l'église. C'est décider implicitement que les architectes ne sont pas responsables quand ils se bornent à dresser les plans, à rédiger les devis et à diriger les travaux. N'est-ce pas aller trop loin? Il en résulterait que les architectes ne sont responsables que lorsqu'ils sont en même temps entrepreneurs, tandis que l'article 1792 dit que les architecte *et* entrepreneur sont responsables ; l'architecte est donc responsable comme tel ; or, en sa qualité d'architecte il n'a d'autre mission que de dresser les plans et devis ; si, de plus, il est chargé de diriger la construction et les travaux, il doit répondre de sa faute. Reste une objection : l'article 1792 suppose que l'édifice est construit à *prix fait*, et, dans l'espèce, les architectes

n'avaient pas traité à prix fait(1). Nous reviendrons sur ce point.

40. Un arrêt plus récent de la cour de cassation fait la distinction à laquelle la cour ne s'est pas arrêtée dans l'arrêt que nous venons de rapporter. Dans l'espèce, l'architecte avait été chargé de dresser le plan des travaux et de les vérifier une fois terminés. Il fut constaté que les constructions étaient défectueuses, qu'il y avait des malfaçons nombreuses et dommageables. Le propriétaire agit contre l'architecte et contre l'entrepreneur. Celui-ci fut condamné à des dommages-intérêts; quant à l'architecte, les premiers juges décidèrent qu'il n'était pas responsable de la négligence ou de l'incapacité que l'entrepreneur avait mise dans l'exécution des travaux. Sur le pourvoi, la cour maintint l'arrêt attaqué, en insistant sur ce que l'architecte n'avait nullement été chargé de surveiller les travaux au fur et à mesure de leur exécution, qu'il devait seulement les vérifier après qu'ils seraient terminés (2).

41. Il a été jugé que l'architecte est responsable quoiqu'il n'ait pas traité à forfait pour l'exécution des travaux; il suffit qu'il ait dressé les plans et dirigé les travaux; s'il en était autrement, dit la cour de Bordeaux, on ne comprendrait pas que l'article 1792 eût parlé de l'architecte, car si celui-ci traite à forfait pour l'exécution des ouvrages, il se confond nécessairement avec l'entrepreneur. Cela nous paraît juste; toutefois le texte de l'article 1792 laisse un doute qui, à notre avis, est levé par l'article 2270, avec lequel il doit se combiner. Si nous citons l'arrêt, c'est pour montrer combien la jurisprudence est incertaine. La cour de Bordeaux, qui s'est approprié les motifs du premier jugement, pose en principe que la responsabilité de l'architecte n'est pas limitée au cas spécialement prévu par l'article 1792; qu'elle s'étend, selon le droit commun, à tous les faits dommageables qui sont, de la part de l'architecte, le résultat d'une faute contre les principes essentiels de son art et les règles dont il comporte la connais-

(1) Rejet, 12 novembre 1844 (Dalloz, 1845, 1, 8).
(2) Rejet, 5 février 1872 (Dalloz. 1872, 1, 246). Comparez Rejet, 18 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Contrat de louage*, n° 142).

sance; que, notamment, les architectes sont responsables de l'inobservance des lois sur la voirie et le voisinage (1). On voit que la cour confond la responsabilité de l'article 1382, qu'elle ne cite même pas, avec la responsabilité conventionnelle de l'article 1792, pour en faire une règle générale s'appliquant à tous les cas de faute. La confusion est complète; ce qui prouve combien il importe de maintenir la distinction entre la faute conventionnelle et le fait dommageable que la loi qualifie de délit ou de quasi-délit.

42. L'entrepreneur répond-il des vices du plan? En principe, non, dit la cour de Dijon. Le plan est l'œuvre de l'architecte, c'est donc lui qui en est responsable. Dans l'espèce, l'architecte s'était engagé, moyennant un prix déterminé, à faire des devis, à dresser des plans, à conduire et à diriger les travaux; on se trouvait donc dans le texte de l'article 1792, car si le texte de la loi ne s'appliquait pas à cette hypothèse, il ne serait jamais applicable à l'architecte qui concourt avec un entrepreneur. Il y a cependant un cas, dit la cour de Dijon, dans lequel l'entrepreneur répond des vices du plan, c'est lorsque le plan offre des vices apparents, contraires aux règles de l'art, qu'un ouvrier n'est pas censé ignorer (2). Cette décision rentre dans notre opinion (n° 38), car par vices *apparents* la cour n'entend pas les vices qui frappent toute personne; il s'agit d'une œuvre professionnelle, les entrepreneurs y participent, ils doivent connaître les règles de l'art d'après lesquelles l'architecte a dressé son plan, et qu'eux sont chargés d'exécuter d'après ces mêmes règles.

43. Quand l'entrepreneur et l'architecte sont l'un et l'autre responsables, comment les dommages-intérêts seront-ils répartis entre eux? Un jugement du tribunal de la Seine, que la cour de Paris a confirmé en adoptant les motifs du premier juge, a posé sur cette question les vrais principes. Les architectes et les entrepreneurs ayant chacun leur mission, la responsabilité doit peser sur chacun

(1) Bordeaux, 21 avril 1864 (Dalloz, 1865, 2, 39).
(2) Dijon, 10 janvier 1816 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 159, 1°).

en ce qui le concerne. De là suit que les architectes chargés de dresser les plans et de surveiller l'exécution des travaux sont responsables de ces plans et de leur bonne exécution. Quant aux entrepreneurs, lorsqu'un architecte dirige leurs travaux, ils sont subordonnés à ses ordres, et, partant, ils ne répondent que de l'exécution des travaux qui leur sont ordonnés; ils n'ont pas à examiner (en général du moins, n° 42) si les plans sont conformes aux règles de l'art, puisque ces plans sont dressés par un homme de l'art, qui est présumé avoir les connaissances nécessaires pour diriger les constructions et auquel ils doivent obéir. Dans l'espèce, l'expertise constatait que la cause de la mauvaise construction devait être attribuée aux vices de la maçonnerie, notamment en ce que les encoignures n'avaient pas été construites en pierres de taille et que le constructeur n'avait pas mis de chaînes en fer. La cour décida que l'entrepreneur n'était responsable que de la maçonnerie proprement dite; que s'il n'avait pas employé des pierres de taille pour les encoignures, la faute en était à l'architecte, dont l'entrepreneur était tenu d'exécuter les ordres quant aux matériaux à employer; à plus forte raison ne répondait-il pas du défaut de chaînage en fer, toujours par la même raison. Il en résultait que la plus grande part de la responsabilité retombait sur l'architecte; il répondait même, en partie, de la mauvaise exécution de la maçonnerie, puisqu'il était chargé de surveiller les travaux. En conséquence, l'arrêt condamna l'architecte aux deux tiers et l'entrepreneur à un tiers des dommages-intérêts dus au propriétaire (1).

En matière de travaux publics, l'architecte concourt régulièrement avec les entrepreneurs; ceux-ci se rendent adjudicataires des travaux sur un plan dressé par l'architecte, approuvé par l'administration, et dont l'architecte est d'ordinaire chargé de surveiller l'exécution. Dans ce cas, l'architecte et l'entrepreneur sont responsables; la responsabilité se répartit entre eux, d'après les règles que nous venons d'exposer. La jurisprudence des tribu-

(1) Paris, 17 novembre 1849 (Dalloz, 1850, 2, 206).

naux administratifs, compétents en cette matière, d'après la législation française, est, en général, conforme à la jurisprudence des tribunaux civils. Nous renvoyons aux décrets du conseil d'Etat, ces détails étant étrangers à notre ouvrage (1).

N° 3. A QUELS OUVRAGES S'APPLIQUE LA RESPONSABILITÉ DE L'ARCHITECTE EN VERTU DE L'ARTICLE 1792.

44. L'article 1792 porte : « Si l'*édifice construit* à prix fait périt en tout ou en partie. » Si l'on admet, avec Aubry et Rau, que la loi établit une présomption légale de faute, il en faut conclure qu'elle n'est applicable qu'à la construction d'un édifice, car les présomptions légales ne s'étendent pas ; de là suit que l'article 1792 ne serait pas applicable à des travaux que l'on ne saurait assimiler à la construction d'un édifice, tels qu'un canal ou une digue (2). Sur ce point, la jurisprudence s'écarte entièrement de l'interprétation que les éditeurs de Zachariæ donnent à la loi ; ce qui prouve qu'ils ont tort d'invoquer la jurisprudence à l'appui de leur doctrine. La cour de cassation complète l'article 1792 par l'article 2270, et elle décide que les architectes et entrepreneurs sont responsables pendant dix ans des vices de construction qui ont causé la ruine totale ou partielle des travaux par eux exécutés ; que cette garantie a lieu pour tous gros ouvrages, c'est l'expression de l'article 2270, sans qu'il y ait à distinguer entre les constructions de maisons ou édifices analogues et des constructions de nature différente (3). Cette interprétation est très-inconséquente si l'on admet, avec la cour suprême, que les articles 1792 et 2270 sont soumis à des principes différents et que l'article 1792 établit une présomption de faute. La cour étend une présomption légale, ce qui n'est jamais permis à l'interprète ; et elle l'étend à

(1) Décret du 7 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 3, 9), du 9 mars et du 11 mai 1854 (Dalloz, 1854, 3, 61).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 530, § 374. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VII, p. 357, n° 245 *bis* II.

(3) Cassation, 19 mai 1851 (Dalloz, 1851, 1, 138).

un cas qui est régi par un principe contraire en ce qui concerne la preuve. Cela est souverainement illogique. L'interprétation d'Aubry et Rau est également inadmissible en principe, comme nous le dirons plus loin. Nous restons aussi attaché au texte de la loi; mais, à notre avis, elle n'a d'autre objet que de régler la durée de la garantie, et, sous ce rapport, il y a identité complète entre l'article 1792 et l'article 2270, puisqu'ils limitent l'un et l'autre la garantie à dix ans.

La jurisprudence des cours d'appel est dans le sens de notre opinion. Dans une espèce où il s'agissait de la construction d'un puits, on prétendait que l'article 1792 était inapplicable. La cour de Dijon répond que les dispositions de l'article 1792 ne doivent pas être isolées de celles de l'article 2270; elle pose en principe que la responsabilité des entrepreneurs de constructions ne s'étend pas seulement à celles auxquelles on ne peut donner la qualification d'*édifices*, mais encore à celles qui peuvent être considérées comme *gros ouvrages*. Or, un puits est bien un gros ouvrage, formant un tout complet, nécessitant des connaissances spéciales et des conditions de solidité qui ne peuvent être reconnues qu'après un temps plus ou moins long (1). La cour a raison d'invoquer l'esprit de la loi; il est incompatible, comme nous le dirons plus loin, avec l'interprétation que les éditeurs de Zachariæ donnent à l'article 2270.

Il y a des arrêts qui vont plus loin, et qui confondent dans une même règle des hypothèses essentiellement différentes, la responsabilité conventionnelle des articles 2270 et 1792 et la responsabilité qui naît d'un délit ou d'un quasi-délit (2). Nous avons déjà relevé cette erreur. Il est certain que l'article 1382 ne tient aucun compte de la nature des travaux qui constituent un fait dommageable; sous ce rapport il est encore plus étendu que l'article 2270, qui ne parle que des gros ouvrages; mais cela n'autorise

(1) Dijon, 13 mai 1862 (Dalloz, 1862, 2, 138). La jurisprudence administrative est conforme. Voyez deux décrets du conseil d'Etat du 2 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 3, 6).

(2) Bordeaux, 21 avril 1864 (Dalloz, 1865, 2, 39).

pas l'interprète à confondre des responsabilités essentiellement diverses et régies par des principes différents. L'article 1382 n'a rien de commun avec la durée de la garantie ni avec la réception des ouvrages; aussi n'y a-t-il aucune limite à la responsabilité qu'il établit, sauf celle du droit commun, qui fixe à trente ans la durée de toute action.

45. L'article 1792 paraît encore restrictif sous un autre rapport. Il suppose que l'édifice a été construit *à prix fait,* ce qui semble exclure les constructions qui ne sont pas faites pour un prix unique convenu d'avance. Aubry et Rau, conséquents à leur principe, décident que la disposition de l'article 1792 est étrangère aux constructions entreprises moyennant un prix à déterminer d'après les bases d'un devis. Partant du principe que l'article 1792 établit une présomption légale de faute, ils l'expliquent par l'intérêt qu'a l'architecte qui s'est chargé à forfait d'une construction, d'en restreindre les frais le plus possible, afin d'augmenter son bénéfice; tandis que cet intérêt n'existe plus lorsque le prix doit être déterminé d'après les bases d'un devis; de là ils concluent que la présomption de faute n'a plus de raison d'être dans les cas où il n'y a pas de forfait (1). Ce n'est pas ainsi que la disposition de l'article 1792 a été expliquée au conseil d'Etat; si la garantie dure dix ans, c'est qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, au propriétaire de vérifier les ouvrages au moment où ils sont terminés, les vices de construction ne se révélant qu'après un temps plus ou moins long. Qu'est-ce que le *prix fait* a de commun avec la loi ainsi interprétée par ceux qui l'ont préparée? Est-ce qu'il sera plus facile au propriétaire de découvrir les vices de la construction parce qu'il paye les travaux d'après un devis? La question n'a point de sens. On objectera que le texte est formel et qu'une loi qui étend la garantie après que les ouvrages sont reçus est de stricte interprétation. Nous admettrions l'objection si l'article 1792 n'était pas complété par l'article 2270; cette dernière disposition, qui

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 530, note 20, § 374.

établit la même durée pour la garantie de tous gros ouvrages, permet d'appliquer la loi, sans distinguer entre les ouvrages à prix fait et les ouvrages qui sont payés sur devis. La distinction est tellement en dehors des motifs qui expliquent l'article 1792, qu'on a de la peine à comprendre pourquoi les mots *à prix fait* ont été insérés dans le texte du code. Peut-être est-ce la classification de la loi qui a amené cette expression; l'article 1792, placé dans la section des *devis et marchés,* semblait par cela même limité aux marchés à *prix fait;* tandis que l'article 2270, placé au titre de la *Prescription,* est conçu en termes généraux qui excluent toute distinction (1).

La jurisprudence paraît admettre l'interprétation restrictive de la loi. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que l'article 1792, qui rend les architectes responsables, pendant dix ans, des édifices qu'ils ont construits, ne se rapporte qu'aux constructions *à prix fait.* De là suit, dit l'arrêt, que quand des édifices n'ont pas été construits à prix fait, cet article est inapplicable (2). La cour ne mentionne pas l'article 2270. Dans un arrêt postérieur, elle rejette la distinction qui semble résulter de l'article 1792, en invoquant l'article 2270, aux termes duquel l'architecte n'est déchargé qu'au bout de dix ans de la garantie des gros ouvrages qu'il a faits ou dirigés. La cour remarque qu'à la différence de l'article 1792, l'article 2270 ne borne pas la responsabilité de l'architecte au cas où l'édifice aurait été construit à prix fait. De là elle conclut que celui qui entreprend une construction pour un prix proportionné à l'importance et à la nature des travaux doit répondre, pendant dix ans, de la perte de l'édifice survenue par le vice du sol, comme en répondrait l'entrepreneur à prix fait (3). N'est-ce pas décider implicitement que l'article 2270 étend la disposition trop étroite de l'article 1792?

Un arrêt plus récent paraît consacrer une autre interprétation. Dans l'espèce, il s'agissait de la construction

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 357, n° 245 *bis* III.
(2) Rejet, 12 novembre 1844 (Dalloz, 1845, 1, 8).
(3) Rejet, 12 février 1850 (Dalloz, 1850, 1, 311).

d'un hôtel, mais, dit la cour, il n'est nullement établi que les architectes entrepreneurs se soient chargés de construire *à prix fait;* elle en conclut que l'article 1792 non plus que l'article 2270 n'étant pas applicables à la cause, les parties restaient soumises au droit commun de l'article 1382(1). Cet arrêt confond toutes choses; nous laissons de côté l'article 1792, dont la cour aurait pu invoquer les termes restrictifs. Mais l'article 2270 restreint-il la durée de la garantie au cas où les gros ouvrages sont construits à prix fait? Il n'y est pas question de prix fait, ni de marché. Que dire de la disposition de l'arrêt qui considère l'article 1382 comme le droit commun en cette matière? Une disposition qui ne concerne que les délits et les quasi-délits, c'est-à-dire les cas où il n'y a aucune convention (art. 1370), serait le droit commun quand il s'agit d'une responsabilité essentiellement conventionnelle, telle que celle de l'architecte?

L'arrêt le plus récent, toujours de la chambre des requêtes, en revient aux termes restrictifs de l'article 1792, et décide que la loi n'est pas applicable quand il ne s'agit pas d'une construction à prix fait; la cour ne dit plus rien ni de l'article 2270, ni de l'article 1382 (2). Il serait très-difficile, d'après cela, de dire quelle est la doctrine de la cour de cassation. Que l'article 1792 ne soit applicable qu'aux constructions à prix fait, nous l'admettons, mais cela ne tranche pas la difficulté. Reste l'article 2270 : n'a-t-il pas pour objet de compléter et d'étendre l'article 1792? et si aucun des deux articles n'est applicable, peut-on recourir à l'article 1382? Cette dernière interprétation doit être rejetée, sans doute aucun, comme une erreur. Reste l'opinion que nous avons adoptée avec la plupart des auteurs; il faut combiner l'article 2270 avec l'article 1792; nous dirons plus loin que tel est l'esprit incontestable de la loi.

46. L'article 1792 a encore donné lieu à une difficulté qui, en réalité, n'en est pas une. On demande si cette dis-

(1) Rejet, 1er décembre 1868 (Dalloz, 1872, 1, 65).
(2) Rejet, 26 novembre 1873 (Dalloz, 1875, 1, 20).

position est applicable aux vices de construction qui affectent une partie de la chose. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il s'agissait de la construction à forfait d'une usine fonctionnant au moyen d'une machine hydraulique. Le propriétaire se plaignait d'un vice qui affectait spécialement l'appareil hydraulique : pouvait-il invoquer l'article 1792 ? La cour de Rouen décida, et avec raison, que l'article 1792 était applicable, en se fondant sur l'indivisibilité de l'obligation contractée par l'architecte. Pourvoi en cassation pour fausse application des articles 1792 et 2270; ces dispositions, disait le pourvoi, ne parlent que de la construction de l'édifice et des gros ouvrages de construction, ils ne parlent pas des machines; c'est donc les violer que de les étendre à un cas non prévu par le texte. Il nous semble qu'il était inutile d'invoquer l'indivisibilité pour rendre l'architecte responsable; l'entrepreneur était un ingénieur hydraulicien, et le propriétaire l'avait choisi précisément à raison de ses connaissances spéciales; le contrat avait pour objet, non un édifice ordinaire, mais une usine hydraulique; or, y a-t-il une usine hydraulique sans appareil hydraulique? Le bon sens dit que non, et le bon sens avait raison. La cour rejeta le pourvoi (1).

§ III. *De la responsabilité de l'article* 2270.

47. Dans l'opinion générale, l'article 2270 ne fait qu'un avec l'article 1792; l'une et l'autre de ces dispositions établissent un délai de dix ans pour la garantie dont est tenu l'architecte ou l'entrepreneur. Aubry et Rau enseignent, au contraire, que l'article 2270 prévoit une autre hypothèse, laquelle, d'après eux, est régie par un principe différent. La différence essentielle consisterait en ceci, c'est que l'article 1792 établit une présomption légale de faute à charge de l'architecte, ce qui dispense le propriétaire de la preuve; tandis que l'article 2270 n'établit pas de

(1) Rejet, 10 mai 1869 (Dalloz, 1871, 1, 107).

présomption, d'où suit que le propriétaire qui agit en responsabilité est tenu de prouver la faute, qui est le fondement de sa demande en dommages-intérêts. Nous avons rejeté le principe qui sert de point de départ à cette interprétation ; il n'est pas question d'une présomption de faute dans l'article 1792, pas plus que dans l'article 2270; les deux articles ont un seul et même objet, c'est de déterminer le temps pendant lequel l'architecte répond des vices de la construction et du sol, après que les travaux ont été vérifiés et reçus; l'identité du délai implique l'identité des deux dispositions. Rejetant le principe des éditeurs de Zachariæ, nous devons rejeter aussi les conséquences qu'ils en déduisent. Il faut nous y arrêter, car les conséquences témoignent contre le principe d'où elles découlent. Aubry et Rau citent un grand nombre d'arrêts dans les notes qui accompagnent le texte : est-ce à l'appui de leur doctrine? Il est certain que la jurisprudence ignore les distinctions des éditeurs de Zachariæ; pour mieux dire, elle part d'un principe tout contraire, celui de l'identité des articles 1792 et 2270, le dernier n'ayant d'autre objet que de compléter le premier. C'est ce que nous allons essayer de prouver.

48. L'article 1792 rend l'architecte responsable de la perte d'un *édifice* construit à prix fait, quand la perte arrive par un vice de la construction ou du sol. D'après l'article 2270, l'architecte est garant des *gros ouvrages* qu'il a faits ou dirigés. Cette expression de *gros ouvrages* est plus étendue que celle de construction d'un *édifice*. En faut-il conclure qu'il s'agit d'une responsabilité différente, ou l'article 2270 ne fait-il que développer et compléter l'article 1792? Il y a sur cette question un excellent arrêt de la cour d'Amiens. Qu'entend-on par *gros ouvrages?* L'article 2270 emploie cette expression dans le même sens que, dans d'autres dispositions de la loi, les mots *grosses réparations*, et dans l'art du bâtiment, *gros œuvre* : ce sont les ouvrages qui constituent la structure même de l'édifice, ou ses parties maîtresses. Les *gros ouvrages* de l'article 2270 rentrent par conséquent dans les travaux de construction de l'article 1792, c'est un seul et

même travail, seulement l'article 1792 se rapporte à la construction totale de l'édifice, tandis que l'article 2270 comprend des travaux partiels. Puisque la nature du travail reste la même, le principe doit être identique. De quoi s'agit-il? Il s'agit de savoir si les travaux sont de telle nature que le propriétaire ne puisse pas les vérifier lors de la réception, en ce sens qu'il lui soit difficile ou impossible d'en constater les vices; or, il est bien évident que cette difficulté ou cette impossibilité sont les mêmes quand les travaux sont partiels ou quand ils embrassent tout l'édifice. Dans tous les cas, ce sont des ouvrages qui doivent assurer la solidité de la construction: le propriétaire ne peut se convaincre de cette solidité que si les travaux se conservent pendant un certain temps que la loi fixe à dix ans. Il suit de là que les articles 1792 et 2270 prévoient la même espèce de travaux, et il serait étrange, inexplicable, que pour des travaux identiques la loi établît des principes différents. Si les travaux ne sont ni des constructions, ni de gros ouvrages, les articles 1792 et 2270 ne sont pas applicables; ces travaux restent sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire que les vices de ces ouvrages pouvant se vérifier lors de la réception, il n'y a pas lieu de prolonger la durée de la garantie (1).

MM. Aubry et Rau citent un grand nombre d'arrêts, sans doute à l'appui de leur doctrine. On va voir à quoi servent ces citations en masse qui semblent constituer une autorité irrécusable. Un architecte ou entrepreneur se charge de construire un puits; le puits ne tarde pas à faire éboule, ce sont les termes de l'arrêt. De là action en responsabilité contre le constructeur, pour qu'il soit condamné à réparer l'éboulement. L'architecte oppose que les articles 1792 et 2270 ne lui sont pas applicables, parce qu'il ne s'agit, dans l'espèce, ni de la construction d'un édifice, ni d'un gros ouvrage. Que répond la cour? Elle adopte purement et simplement les motifs du jugement qui avait appliqué l'article 1792 (2). Ainsi la cour ni le tribu-

(1) Amiens, 29 mai 1871 (Dalloz, 1871, 2, 171).
(2) Paris, 2 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 139, 1°).

nal ne mentionnent même l'article 2270. Et l'on invoque cependant l'arrêt, dans un débat où il est question de la portée de cette disposition!

Après cela on cite encore un arrêt de Douai, relatif à des travaux de pavage d'une route vicinale. L'adjudicataire opposait, et non sans raison, que ces ouvrages ne rentraient pas dans les articles 1792 et 2270. La cour se borne à décider que la construction d'une route est un gros ouvrage dans l'acception générale et absolue de l'article 2270 (1). Qu'est-ce que cet arrêt a de commun avec la question de savoir si l'article 2270 établit une responsabilité particulière, ou s'il ne fait qu'étendre celle que l'article 1792 impose à l'entrepreneur?

Des entrepreneurs se chargent de la construction d'un pont. Un pont n'est certes pas un édifice. Néanmoins la cour de cassation décide que l'article 1792 était applicable. Du reste pas un mot de l'article 2270 (2). Peut-on invoquer un arrêt qui ne cite pas l'article 2270 dans un débat qui porte sur le sens de cette disposition?

Un entrepreneur se rend adjudicataire des travaux nécessaires pour l'établissement d'une prise d'eau sur un torrent; le cahier des charges stipulait qu'il serait garant pendant une année entière. A l'expiration de cette année, les travaux furent vérifiés, reçus et approuvés. Quand l'entrepreneur demanda le payement du prix, l'un des intéressés objecta que depuis la vérification il s'était révélé des vices cachés, et que, par suite, le barrage était menacé d'une ruine prochaine. Les premiers juges déclarèrent l'entrepreneur non responsable. Pourvoi en cassation. La cour cassa l'arrêt de Grenoble en visant les articles 1792 et 2270 (3). Rien dans l'arrêt ne fait soupçonner que la cour établisse une différence entre les deux dispositions, à raison de la nature des ouvrages. De quel droit invoque-t-on cet arrêt, à l'appui ou à l'occasion même d'une discussion à laquelle il est complétement étranger?

(1) Douai, 28 juin 1837 (Dalloz, au mot *Travaux publics*, n° 571).
(2) Rejet, 11 mars 1839 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 127).
(3) Cassation, 19 mai 1851 (Dalloz, 1851, 1, 138).

Le dernier arrêt que l'on cite est celui de la cour de Dijon, que nous avons déjà rapporté : cet arrêt n'appuie certes pas la doctrine des éditeurs de Zachariæ, car il décide, contrairement à ce qu'ils enseignent, que l'article 1792 ne doit pas être isolé de l'article 2270 (1). A quoi bon citer un arrêt qui, de même que tous les autres, ne concerne pas l'objet du débat, et qui, en posant un principe contraire, décide implicitement qu'il n'y a aucune différence entre l'article 2270 et l'article 1792? Nous sommes obligé d'entrer dans ces détails pour que le lecteur nous pardonne les longs développements dans lesquels nous entrons ; ce n'est qu'à cette condition que l'examen de la jurisprudence peut être profitable : citer des arrêts en masse sans les discuter, ne sert qu'à induire les lecteurs en erreur.

49. L'article 1792 suppose que l'architecte construit un édifice. Est-il applicable à celui qui dresse les plans et dirige les travaux? MM. Aubry et Rau enseignent que, d'après l'article 2270, plus étendu que l'article 1792, l'architecte qui, sans se charger de la construction, en a dressé le plan, ou en a dirigé et reçu les travaux, est responsable du dommage que, par négligence ou par impéritie, il a causé dans l'accomplissement de la mission à lui confiée (2). L'article 2270 contient, en effet, le mot *dirigés,* tandis que l'article 1792 parle de l'*édifice construit*. Cette différence de rédaction implique-t-elle une responsabilité différente? On pourrait soutenir, sans faire violence au texte, que l'article 1792 a, sous ce rapport, la même portée que l'article 2270 ; il rend responsables les *architecte* et *entrepreneur* ; or, quand il y a tout ensemble un entrepreneur et un architecte, il va sans dire que chacun répond de sa part dans l'œuvre, donc l'architecte répondra de ses plans et de sa surveillance s'il en est chargé ; c'est là sa mission dans le travail de construction, on peut donc dire qu'il construit, par cela seul qu'il dresse le plan et qu'il en surveille l'exécution. Du reste, peu im-

(1) Dijon, 13 mai 1862 (Dalloz, 1862, 2. 138).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 531, note 22, § 374.

porte que la *direction* soit ou non prévue par l'article 1792, il s'agit de savoir, comme on le prétend, si la *direction* est régie par un autre principe que l'exécution? A notre avis, la question n'a pas de sens. La direction et l'exécution sont une seule et même œuvre; conçoit-on qu'une partie de l'œuvre, la direction, soit régie par un principe autre que celui qui gouverne l'exécution? Le texte repousse cette distinction; il établit le même délai pour la garantie de la direction que pour celle de l'exécution, et le délai est celui de l'article 1792; donc les dispositions de la loi sont identiques, et, par conséquent, il n'y a qu'un seul principe, car l'objet des deux articles est précisément la durée de la garantie. L'objet est donc le même et la décision est la même; partant, il s'agit d'un seul et même principe.

Dans l'opinion des éditeurs de Zachariæ, au contraire, la direction des travaux, non prévue par l'article 1792, tomberait sous l'application de l'article 2270, et serait, en conséquence, régie par un principe différent. Ils citent un arrêt de la cour de Pau (1) : en le lisant, nous nous demandons vainement quel est le but de cette citation; ce ne peut être pour y appuyer leur doctrine, car l'arrêt ne cite ni l'article 1792 ni l'article 2270; il se fonde sur l'article 1382. Qus la décision de la cour soit juste ou non, peu importe à notre débat; elle y est étrangère, par le motif bon ou mauvais sur lequel elle est fondée; donc il faut l'écarter. Nous n'examinerons pas les autres arrêts que l'on cite, parce que cette discussion devient monotone et fatigante. La science des arrêts est une science plus que stérile quand on invoque la jurisprudence, en faisant dire aux cours autre chose que ce qu'elles disent. Il est déjà très-chanceux d'invoquer une décision quand elle concerne la question qui fait l'objet du nouveau litige, car les circonstances de la cause sont rarement identiques. Que sera-ce si l'on force le sens des arrêts? C'est transformer en autorités des décisions qui souvent témoignent contre celui qui s'en prévaut.

(1) Pau, 13 mars 1845 (Dalloz, 1845, 2, 124).

50. Dans les diverses hypothèses que nous venons de parcourir, l'architecte est responsable en vertu de l'article 2270; il ne l'est pas, dans l'opinion que nous combattons, en vertu de l'article 1792. Il en est de même lorsque le travail s'exécute sans qu'il y ait un marché à *prix fait*. Sur ce point, les éditeurs de Zachariæ avouent que la jurisprudence leur est contraire (1). Restent donc le texte et l'esprit de la loi. Nous avons reconnu que le texte de l'article 1792 paraît restreindre la disposition de la loi aux constructions à *prix fait*. Dans notre opinion, cela est indifférent, puisque nous admettons que les articles 1792 et 2270 établissent un seul et même principe. Dans l'opinion contraire, on enseigne qu'il y a une différence de principes. Il faut donc justifier cette différence entre des travaux à prix fait et des travaux sur devis, sans prix arrêté d'avance pour tout l'ouvrage. Nous cherchons vainement la raison de la différence. Au conseil d'Etat, on n'a donné d'autre motif de la durée que la loi fixe pour la responsabilité de l'architecte que la difficulté d'apprécier les vices des travaux lors de leur réception : sous ce rapport, il n'y a certes pas de différence entre une construction à *prix fait* et une construction sur *devis*. Dans l'opinion contraire, on dit que l'architecte est présumé en faute dans le cas du marché à forfait et qu'il n'est pas présumé en faute lorsqu'il n'y a point forfait. Et la raison? Celle que l'on donne est conjecturale comme toute la théorie : l'architecte n'a pas intérêt à la malfaçon, dit-on, lorsqu'il travaille sur devis, puisqu'il est payé selon son travail. La conjecture est assez mal imaginée. En quoi consiste la faute de l'architecte? C'est ou impéritie ou négligence. Est-ce que, par hasard, l'ignorance augmente ou diminue selon que l'architecte travaille à forfait ou sur devis? Sera-t-il moins négligent dans un cas que dans l'autre? La négligence tient aussi à un défaut de l'esprit. Ce défaut est inné ou d'habitude; est-ce que les défauts innés ou les mauvaises habitudes changent selon

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 531, note 24, § 374. Un arrêt récent du 26 novembre 1873 s'est prononcé en faveur de l'opinion d'Aubry et Rau, sans autre motif que le texte de l'article 1792 (Dalloz, 1875, 1, 20).

que l'architecte a traité à forfait ou sur devis? Cela n'est pas sérieux.

50 *bis*. Nous arrivons à la question la plus importante de ce débat. Les différences que l'on signale entre les articles 1792 et 2270 n'ont d'importance pratique que si le principe de l'article 2270 diffère du principe de l'article 1792. D'après Aubry et Rau, il y aurait une différence capitale. Dans le cas prévu par l'article 2270, c'est au propriétaire qui demande des dommages-intérêts contre l'architecte de prouver l'existence de la faute qu'il lui reproche, tandis que l'article 1792 établit une présomption légale de faute à charge de l'architecte, et cette présomption dispense le demandeur de prouver le fondement de sa demande. Nous avons déjà combattu cette prétendue différence (n° 31), et nous y reviendrons encore. Pour le moment, nous demandons si la différence que l'on dit exister entre l'article 1792 et l'article 2270 est fondée en raison. L'architecte est responsable de son plan et de sa direction, cas prévu par l'article 2270 : la loi, dit-on, ne présume pas qu'il soit en faute. L'architecte est responsable de l'exécution des travaux, cas prévu par l'article 1792 : la loi présume, dit-on, qu'il est en faute. Pourquoi présume-t-elle la faute dans ce dernier cas, et ne la présume-t-elle pas dans le premier? On ne donne pas de réponse à cette question. En réalité, il ne saurait y avoir de raison juridique d'une différence qui n'est pas juridique. La situation de l'architecte est identique dans les deux hypothèses, il promet la même science, la même diligence. S'il y avait une différence à faire quand il s'agit de l'architecte, il faudrait dire qu'il promet plus de science et de diligence lorsqu'il s'agit de dresser un plan que lorsqu'il exécute les travaux, car en dressant le plan il travaille comme homme de l'art, tandis qu'il est un praticien lorsqu'il exécute les travaux. La loi pourrait donc plutôt présumer la faute dans le premier cas que dans le second, car une présomption est une probabilité et la probabilité est certes que l'architecte est en faute dès qu'il manque aux conditions de son art. De sorte qu'il faudrait renverser, dans ce cas, la prétendue présomption. A vrai dire, il n'est pas plus

question de présomption dans l'article 1792 que dans l'article 2270. Que dit l'article 1792? L'architecte répond de la perte, dans les dix ans, si l'édifice périt par un vice de la construction ou du sol : ni le texte ni l'esprit de la loi n'impliquent une présomption. Que dit l'article 2270? L'architecte est garant des gros ouvrages qu'il fait ou dirige : L'article ne parle pas de faute, mais le mot *garantie* implique l'existence d'une faute. Donc, en d'autres termes, la loi dit, dans les deux dispositions, que l'architecte répond de sa faute. Cette faute est identique, c'est ou l'impéritie ou la négligence. Pourquoi cette faute serait-elle présumée dans un cas, tandis qu'elle ne serait pas présumée dans l'autre? Il n'y a pas de réponse à cette question : n'est-ce pas une preuve que la différence est imaginaire?

Nous citerons un exemple dans lequel, de l'aveu de MM. Aubry et Rau, la cause de responsabilité est identique. L'architecte, aux termes de l'article 1792, répond des vices du sol. Il en répond aussi dans les cas prévus par l'article 2270 (1). Rien de plus naturel. L'architecte est chargé de dresser le plan d'un édifice. Son premier soin doit être d'étudier le terrain, afin de fortifier la construction si le terrain est mauvais. L'édifice vient à périr dans les dix ans : l'architecte est responsable. La même responsabilité, fondée sur la même cause, pèse sur lui quand il s'est chargé de la construction. Voilà donc deux hypothèses identiques. Cependant on veut que dans l'une, celle où l'architecte s'est borné à dresser le plan, il ne soit pas présumé en faute, tandis qu'il sera présumé en faute quand il construit l'édifice. Cette décision différente, dans deux cas identiques, se conçoit-elle? Une faute identique et un principe différent seraient une anomalie inexplicable. Si l'anomalie existait dans la loi, il faudrait l'accepter. Mais, dans l'espèce, ce sont les interprètes qui l'ont créée en créant une présomption légale que la loi ignore.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 532, note 26, § 374.

§ IV. *Quand cesse la responsabilité de l'architecte.*

51. La responsabilité de l'architecte est fondée sur une faute; cette faute n'intéresse pas seulement le propriétaire, elle compromet l'existence de l'édifice, et par suite, la sûreté des personnes. En ce sens, la responsabilité de l'architecte est d'intérêt général. Il suit de là que les parties contractantes ne peuvent pas déroger à la responsabilité de l'architecte; d'abord nul ne peut stipuler qu'il ne répondra pas de sa faute, une pareille convention étant contraire aux bonnes mœurs, et les parties contractantes ne peuvent pas, par leurs conventions particulières, déroger aux lois qui sont d'intérêt public (art. 6). C'est par application de ce principe que nous avons décidé que l'architecte reste tenu des vices du sol et des matériaux, alors même qu'il construit sur le sol du propriétaire et avec les matériaux que celui-ci fournit, et quoiqu'il ait averti le propriétaire des vices qui plus tard entraînent la chute de l'édifice (1). Le même principe s'applique aux vices de construction. Il a été jugé que l'architecte ne peut pas décliner la responsabilité des vices de construction en alléguant la pression qu'aurait exercée sur lui le propriétaire qui l'a employé; la cour de Paris dit très-bien que l'architecte ne doit pas se soumettre aux exigences du propriétaire, qu'il est de son devoir d'y résister et de refuser même la mission qui lui est confiée, lorsque les plans que le propriétaire veut lui imposer aboutiront nécessairement à une construction défectueuse et partant dangereuse (2). Se charger d'une construction d'après des plans vicieux, et vouloir se décharger de la responsabilité en alléguant ces vices, c'est, en réalité, stipuler que l'on ne répondra pas de sa faute, et construire en connaissant les dangers qui résulteront de la construction pour les personnes et les choses : c'est une double cause de nullité. Cela est généralement admis. Il est de

(1) Voyez, plus haut, nos 33 et 34.
(2) Paris, 5 mars 1863 (Dalloz, 1863, 5, 239, no 9).

jurisprudence, dit la cour de Bordeaux, que l'architecte n'est affranchi de la responsabilité de ses fautes ni par le consentement, ni même par les ordres du propriétaire (1).

52. Que faut-il décider si l'architecte ou l'entrepreneur travaille sur un plan du maître? Il faut appliquer par analogie les principes qui régissent les rapports de l'architecte et de l'entrepreneur. Quand le propriétaire fournit le plan, soit qu'il l'ait dressé lui-même, soit qu'il l'ait fait dresser, il se met à la place de l'architecte, et il en doit subir les conséquences, en ce sens qu'il prend sur lui les vices du plan qu'il impose au constructeur. Toutefois celui qui exécute le plan reste tenu de sa faute; et il est en faute lorsqu'il se charge de l'exécution d'un plan dont il connaît les vices ou qu'il doit connaître, en sa qualité d'homme de l'art. Il y aurait faute, dans ce cas, et de la part du propriétaire et de la part de l'entrepreneur, en ce sens que la faute de l'entrepreneur est diminuée quand il travaille sur un plan qui lui est imposé par le propriétaire, de même que la responsabilité se partage quand il y a tout ensemble un architecte qui dresse le plan et un entrepreneur qui l'exécute. Les tribunaux peuvent tenir compte de ces circonstances dans la fixation des dommages-intérêts, dont le montant dépend toujours de la gravité de la faute. C'est le droit commun.

La cour de cassation l'a jugé ainsi dans un cas où le propriétaire était lui-même architecte ou constructeur, et de plus il avait dirigé les travaux. De là la cour de Paris avait conclu que l'entrepreneur avait agi en tout d'après la volonté du maître, et elle l'avait en conséquence déchargé de toute responsabilité. Sur le pourvoi, la cour de cassation rendit un arrêt de rejet fondé sur ce que l'arrêt attaqué ne décidait qu'un point de fait (2). Il est difficile de critiquer les décisions de fait; mais il nous semble que c'est aller trop loin que de décharger l'entrepreneur de toute responsabilité; quand même il travaille sous les ordres du maître, son devoir est de ne pas exé-

(1) Bordeaux, 21 avril 1864 (Dalloz, 1865, 2, 39). Dans le même sens, Lyon, 6 juin 1874 (Dalloz, 1875. 2, 119).

(2) Rejet, 4 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 145, 1°).

cuter des ordres et des plans qui compromettent la solidité de l'édifice. Il a été jugé, conformément à ces principes, que l'architecte reste responsable des vices de construction du bâtiment, bien qu'il ait construit sur le plan et d'après les indications fournies par le propriétaire (1).

Il y a un arrêt de la cour de Paris qui paraît contraire à cette doctrine. Un propriétaire loue une maison à un boulanger, avec permission d'y faire construire un four. Le preneur chargea à forfait de la construction un entrepreneur qui s'occupait spécialement de ce genre de travaux. Celui-ci négligea d'observer les distances prescrites par l'article 674, dans l'intérêt des voisins; il en résulta des dommages; de là une action en responsabilité contre le propriétaire de la maison, et un recours contre l'entrepreneur. Pour se décharger de la responsabilité, l'entrepreneur soutint que si les distances légales n'avaient pas été observées, c'était par l'ordre du boulanger qui n'aurait pu donner sans cela à son four les dimensions convenables. Cette défense fut admise par la cour de Paris. L'arrêtiste formule la décision comme suit : « Le constructeur cesse d'être responsable des vices de la construction, lorsqu'il n'a fait que se conformer aux ordres donnés en connaissance de cause par le propriétaire (2). » Ainsi formulée, la décision serait contraire aux principes consacrés par la jurisprudence. Il faut d'abord préciser l'objet de la difficulté. Il ne s'agissait pas de la responsabilité de l'article 1792, car le débat n'existait pas entre le propriétaire et l'entrepreneur; on ne se plaignait pas d'un vice de construction, le procès était engagé entre le propriétaire et un voisin; celui-ci se trouvait lésé par une construction qui constituait à son égard un quasi délit; il agissait donc en vertu de l'article 1382. Contre qui son action devait-elle être dirigée? Contre l'auteur du fait dommageable. Et qui était, dans l'espèce, l'auteur du quasi-délit? Le boulanger qui avait fait construire le four, et non l'en-

(1) Bourges, 13 août 1841 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 143, 1°).
(2) Paris, 12 février 1848 (Dalloz, 1848, 2, 64).

trepreneur qui l'avait construit. Si le propriétaire avait ignoré les règlements sur la construction des fours, l'entrepreneur eût été en faute de ne pas l'avoir prévenu. Mais, dans l'espèce, cette ignorance n'était pas même alléguée. Dès lors le fait dommageable était imputable au boulanger, et c'est avec raison que le premier juge ainsi que la cour d'appel déchargèrent l'entrepreneur de toute responsabilité.

53. La réception des ouvrages par le propriétaire décharge-t-elle l'entrepreneur de la responsabilité? En règle générale, non; car l'article 1792 a précisément pour objet de maintenir la responsabilité de l'architecte, quoique les constructions aient été vérifiées et reçues. La cour de cassation a jugé en ce sens, en reproduisant les motifs qui ont été donnés au conseil d'Etat par Berenger. Quel est l'objet de la vérification et de la réception des travaux? C'est uniquement de constater que les travaux ont été faits conformément aux plans ou devis, et, par suite, que la créance de l'architecte est exigible; mais de ce que l'architecte peut exiger le payement de ce qui lui est dû, on ne peut pas conclure qu'il est affranchi de la responsabilité à laquelle il est soumis pour les vices de construction. En effet, les travaux, alors même qu'ils sont exécutés conformément au cahier des charges, peuvent renfermer des vices cachés qui se manifestent plus tard par la ruine totale ou partielle de l'édifice. La vérification et la réception ne sauraient couvrir ces vices, car on ne peut pas renoncer à un droit dont on ignore l'existence; l'approbation des travaux dont on ne connaît pas les vices n'implique donc pas une renonciation au droit que le propriétaire a contre l'architecte, à raison des vices de construction (1).

54. Sur ce point il ne saurait y avoir de doute : c'est l'application pure et simple de l'article 1792, tel qu'il a été interprété au conseil d'Etat. Mais cette explication même, reproduite par la cour de cassation, soulève une

(1) Cassation, 19 mai 1851 (Dalloz, 1851, 1, 138). Comparez Aix, 18 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 146, 2°), et décret du 2 avril 1851 (Dalloz, 1852, 3, 1).

difficulté sérieuse. La garantie de dix ans à laquelle l'architecte est soumis déroge au droit commun; l'exception est fondée sur ce que le propriétaire ne peut pas connaître les vices d'une construction qui présente toutes les apparences de la solidité. Mais si les vices étaient apparents, de sorte que celui qui vérifie et reçoit les travaux a dû les connaître, on ne se trouve plus dans le cas de la disposition exceptionnelle de l'article 1792; donc on rentre dans la règle d'après laquelle la réception de l'ouvrage décharge l'ouvrier de la responsabilité. Il y a cependant un motif de douter : ce sont les termes absolus de la loi. Elle déclare l'architecte responsable pendant dix ans, pour vice de construction et pour vice du sol, sans distinguer si le propriétaire a pu ou non connaître ces vices; or, il est de principe que l'interprète ne peut pas distinguer quand la loi ne distingue pas; la distinction aboutirait, en effet, à limiter la responsabilité de l'architecte, qui, d'après la loi, est illimitée. Il y a une réponse à l'objection, et elle nous semble péremptoire. Pourquoi la réception de l'ouvrage affranchit-elle l'ouvrier de toute responsabilité? Parce que le maître reconnaît que l'ouvrage est sans faute; ou s'il y en a une, et qu'elle soit apparente, le maître, en recevant l'ouvrage malgré la faute, renonce au droit qu'il a de s'en prévaloir contre l'ouvrier. La réception implique donc une renonciation. Si, dans le cas de l'article 1792, la loi n'admet pas la renonciation, c'est que le propriétaire ne peut renoncer à un droit qu'il ignore. Mais s'il le connaît, il est libre d'y renoncer. La distinction entre les vices apparents et les vices cachés résulte donc des principes généraux de droit; et dans ce cas, l'interprète peut et doit distinguer, quoique le texte ne distingue point : la disposition même implique la nécessité d'une distinction.

Il y a un arrêt de la cour de Gand en ce sens (1), mais il soulève une nouvelle difficulté. Comment se fait la réception? La loi ne le dit point; il faut donc s'en tenir aux principes généraux. Puisque la réception implique une re-

(1) Gand, 12 août 1864 (Dalloz, 1865, 2, 35).

nonciation, il faut qu'il y ait volonté de renoncer, c'est-à-dire consentement et connaissance du vice. Cette dernière condition est de fait; il ne suffit pas que le propriétaire ait pu connaître le vice, il faut qu'il l'ait connu ; sinon il n'y a pas de renonciation possible. Il faut ensuite qu'il ait renoncé en recevant les travaux. Cette renonciation peut-elle être tacite? L'affirmative est certaine, c'est le droit commun. Quand y aura-t-il renonciation tacite? C'est encore une question de fait, puisqu'elle dépend de l'intention des parties intéressées. La cour de Gand a jugé que la réception tacite résultait d'abord de la prise de possession de l'édifice, ensuite du payement pour solde, sans aucune réserve de ses droits, par le propriétaire. Le payement par lui seul n'implique pas renonciation, à moins qu'il ne soit constant que, lors du payement, le propriétaire avait connaissance des vices (1). En effet, le payement se fait régulièrement quand les travaux sont achevés; lorsqu'il est procédé à la vérification par un homme de l'art qui dresse procès-verbal, le payement qui se fait postérieurement et sans réserve peut valoir comme renonciation; mais quand il n'y a pas de vérification spéciale, le payement ne prouve pas d'une manière certaine que le propriétaire renonce à son droit; et le propriétaire n'est censé renoncer à son droit que lorsqu'il pose un fait auquel on ne peut donner une autre interprétation.

55. L'approbation donnée aux travaux serait-elle une fin de non-recevoir contre l'action en responsabilité? Il peut y avoir approbation expresse ou tacite. L'approbation expresse équivaut à la réception quand elle se donne après que les travaux sont achevés. L'approbation peut aussi être tacite; il a été jugé que la vente de l'édifice par le propriétaire était une preuve qu'il agréait les constructions telles qu'elles étaient faites (2). Cela dépend des circonstances de la cause. On peut objecter contre la théorie de la confirmation que le consentement et même les ordres du propriétaire donnés avant le commen-

(1) Comparez Poitiers, 1er mars 1844 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, nº 159, 6º).

(2) Lyon, 18 juin 1835 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, nº 146).

cement des travaux, ou dans le cours de leur exécution, sont inopérants; l'architecte reste néanmoins responsable. N'en faut-il pas conclure que le consentement postérieur est également inefficace? Non, la différence est grande entre une approbation qui précède les travaux et l'approbation qui les suit. Dans le premier cas, l'intérêt public est en cause, il importe à la sûreté des personnes que l'on n'élève pas de constructions vicieuses. Dans le second cas, il ne s'agit plus que de l'intérêt du propriétaire, et il est libre d'y renoncer. Nous citerons comme argument d'analogie l'article 2220 : on ne peut d'avance renoncer à la prescription, tandis qu'on peut renoncer à la prescription acquise.

§ V. *De l'action en responsabilité.*

56. L'action en responsabilité appartient au propriétaire. Il est demandeur, et son action est fondée sur une faute de l'architecte. De là suit que le propriétaire doit prouver le vice de construction ou le vice du sol; c'est là le fondement de sa demande. Dira-t-on, avec la cour de cassation, que l'article 1792 établit une présomption de faute, ce qui implique que le propriétaire, quoique demandeur, n'a rien à prouver? Nous avons d'avance répondu à l'objection (nos 31 et 50) (1). On s'exprime mal en disant que l'article 1792 établit une présomption de faute à charge de l'architecte; il y a présomption en sa faveur, en ce sens qu'après dix ans il n'est plus responsable; la loi présume donc que la ruine de l'édifice qui arriverait après les dix ans n'est pas imputable à l'architecte; mais de là ne suit pas que la ruine de l'édifice qui arrive dans ce délai lui soit imputable. Elle peut venir d'un cas fortuit, elle peut venir du vice de construction des maisons voisines, ou des vices du sol de ces maisons; la loi ne pou-

(1) Il suffit de lire les mauvaises raisons que Marcadé donne à l'appui de cette opinion, pour se convaincre que c'est une erreur (t. VI, p. 539, n° I de l'article 1792). Nous croyons inutile de les réfuter. Comparez Duvergier, t. II, p. 406, n° 356, et Troplong, n° 1005, en sens contraire.

vait donc pas présumer l'impéritie ou la négligence de l'architecte. La question de preuve est, du reste, sans importance pratique. Régulièrement le tribunal ordonne une expertise ; il est assez indifférent qu'elle soit provoquée par le demandeur ou par le défendeur.

57. L'article 1792 porte que les architectes et entrepreneurs sont responsables pendant dix ans, si l'édifice périt par le vice de la construction ou du sol. En quel sens sont-ils responsables pendant dix ans? La question est controversée, et il y a quelque doute. Un premier point est certain. Si l'édifice vient à périr après les dix ans, l'architecte n'est plus responsable, quand même le propriétaire prétendrait que l'édifice s'est écroulé par le vice de la construction ou du sol. La loi limite la durée de la responsabilité naissant de la faute de l'architecte. Il y a des cas où la garantie est toujours due; le vendeur est toujours garant de l'éviction, à quelque époque que l'acheteur soit évincé; la raison en est que l'éviction prouve par elle seule, à quelque moment qu'elle ait lieu, que le vendeur est en faute, en ce sens qu'il n'a pas rempli l'obligation qu'il contracte de rendre l'acheteur propriétaire de la chose vendue; la garantie ne peut donc pas être limitée à un certain temps. Il n'en est pas de même de la garantie dont l'architecte est tenu. Il répond de sa faute; d'après le droit commun, il serait affranchi de cette responsabilité par la réception des travaux; la loi déroge à la règle, par le motif qu'il est difficile de connaître les vices de construction lors de la vérification; le plus souvent ils ne se révèlent qu'après un temps plus ou moins long. Quel est ce temps? La responsabilité de l'architecte ne saurait durer toujours; car si l'édifice s'écroule après un long laps de temps, ce sera par la vétusté et par le défaut de réparations, et l'architecte ne peut être responsable de ces causes de destruction. S'il y a un vice de construction, il se révélera plus tôt, dans un délai qu'il est impossible de fixer d'une manière certaine, puisque tout dépend de la gravité du vice; la loi a dû se contenter d'une limite arbitraire, elle l'a fixée à dix ans. Telle est la présomption de la loi ; la ruine qui arrive après les dix ans

est présumée ne pas venir d'un vice de construction. A vrai dire, c'est plus qu'une présomption ; les présomptions admettent toujours une preuve contraire, même celles que l'on appelle *juris et de jure* (art. 1352); tandis que le propriétaire ne serait pas admis à prouver, pas même par l'aveu ou le serment de l'architecte, que celui-ci est en faute et, partant, responsable. Cela résulte à l'évidence de l'article 2270, aux termes duquel l'architecte est déchargé de la garantie après dix ans ; il n'y a plus d'action contre lui. Il eût été injuste de prolonger la garantie indéfiniment ; c'eût été rendre l'architecte responsable d'une faute qu'il serait très-difficile de constater après un long laps de temps ; le plus souvent la faute n'existe pas quand elle ne se révèle point dans les premières années qui suivent l'achèvement des travaux (1).

58. Pour qu'il y ait lieu à responsabilité, il faut que la ruine de l'édifice arrive pendant le délai de dix ans. Si l'édifice périt en tout ou en partie dans les dix ans, le propriétaire peut agir contre l'architecte. Quelle est la durée de cette action? Sur ce point, la doctrine est en désaccord avec la jurisprudence, et les auteurs mêmes sont divisés. A notre avis, la doctrine a raison, en ce sens que l'action dure trente ans. C'est le droit commun, et le droit commun doit recevoir son application dans tous les cas où il n'y est pas dérogé. La difficulté se réduit donc à ceci : les articles 1792 et 2270 limitent-ils à dix ans la durée de l'action en dommages-intérêts qui appartient au propriétaire quand l'édifice vient à périr en tout ou en partie par la faute de l'architecte? Ce que nous avons dit dans tout le cours de nos explications sur l'objet de l'article 1792 prouve qu'il n'y est pas question de l'action en dommages-intérêts, il n'y est question que de la garantie. Or, autre chose est la garantie, autre chose est l'action en dommages-intérêts qui en résulte. S'agit-il de la garantie, la loi a dû déterminer un délai assez court, mais suffisant pour que les vices de construction se révèlent, s'il y en a. Le délai de dix ans qu'elle a fixé dans ce but

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 358, nº 245 *bis* IV.

n'a rien de commun avec l'action en responsabilité; il n'y avait aucun motif d'abréger la durée ordinaire de la prescription. En limitant la durée de la garantie à dix ans, la loi déroge au droit strict du propriétaire; celui-ci devrait avoir une action contre l'architecte, à quelque époque que l'édifice vînt à périr, à condition de prouver qu'il a péri par la faute de l'architecte; la loi a limité ce droit à un temps très-court, en se fondant sur des probabilités; elle ne pouvait pas aller plus loin, et limiter encore l'action en dommages-intérêts, c'eût été compromettre les droits du propriétaire; en effet, si la perte arrivait à la fin de la dernière année, le propriétaire se trouverait dans l'impossibilité d'agir (1). Nous allons entendre les objections que l'on fait contre cette doctrine, en exposant l'état de la jurisprudence.

59. Il y a trois arrêts de la cour de Paris qui ont décidé que l'action en responsabilité était limitée à dix ans, aussi bien que la durée de la garantie. La cour invoque le texte et l'esprit de la loi. Le texte parle de la responsabilité (art. 1792) et de la garantie (art. 2270); or, la responsabilité implique une action, ainsi que la garantie; c'est donc la durée de l'action en responsabilité ou en garantie que la loi a voulu limiter. Il est vrai que le texte peut être ainsi interprété, mais il s'agit de savoir si cette interprétation est en harmonie avec l'objet même des articles 1792 et 2270. Nous venons de répéter ce qui a été dit au conseil d'Etat sur le but de l'article 1792; il maintient la responsabilité après la vérification des travaux : pendant quel laps de temps? Tel est l'unique objet de la loi; c'est donc la détourner de son sens naturel que de l'appliquer à la durée de l'action en dommages-intérêts. On objecte ce que l'orateur du gouvernement a dit en exposant les motifs du titre de la *Prescription*. Bigot-Préameneu se borne à dire que la prescription est établie en faveur des architectes et que le code maintient le droit commun quant à la durée (2). De ce que la prescription

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 359, nos 245 *bis* V-XII, et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 533, et note 30, § 374.
(2) Exposé des motifs, n° 35 (Locré, t. VIII, p. 353).

est établie dans l'intérêt des architectes faut-il conclure que l'action en dommages-intérêts est limitée à dix ans? L'Exposé des motifs ne dit pas cela; la prescription est réellement favorable à l'architecte, comme nous l'avons dit; mais de ce que la loi limite la durée de la garantie on ne peut pas induire qu'elle limite aussi la durée de l'action en responsabilité; ce serait une seconde faveur, pour laquelle il faudrait un second texte. La cour de Paris ajoute qu'en laissant à l'action en dommages-intérêts la durée de trente ans, on tourne contre l'architecte une disposition qui a été introduite en sa faveur. Cela n'est pas exact; d'après le droit commun, l'architecte eût été garant, alors même que l'édifice serait venu à périr après trente ans; et, de plus, l'action, une fois née, aurait eu la durée ordinaire de trente ans. La loi déroge, en faveur de l'architecte, au premier principe; elle n'y déroge pas en ce qui concerne le second. Nous maintenons donc la faveur que la loi accorde à l'architecte, nous lui refusons celle que la loi ne lui accorde pas. La cour de Paris avoue elle-même que l'interprétation par elle admise étend la disposition de la loi. Le législateur, dit-elle, a pensé que lorsque dix ans s'étaient écoulés sans qu'un vice de construction se fût manifesté, la perte totale ou partielle de l'édifice qui surviendrait après ce délai ne pourrait être *présumée* provenir de ce vice de construction. Il faut reconnaître, ajoute la cour, qu'il entre également dans son esprit de décider que si un propriétaire a laissé écouler dix ans sans réclamation, bien qu'un accident soit survenu, qu'un vice de construction se soit révélé, il doit être considéré comme ayant renoncé à tout recours (1). Ainsi la cour étend une disposition qu'elle qualifie de présomption, ce que l'interprète n'a point le droit de faire; puis elle présume une renonciation, ce qui est encore une plus grande anomalie. Cela nous paraît décisif contre la jurisprudence de la cour de Paris.

59 *bis*. La cour de Paris dit que le propriétaire qui

(1) Paris, 17 février 1853 (Dalloz, 1853, 2, 133). Comparez Paris, 15 novembre 1836 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 155), et 20 juin 1857 (Dalloz, 1858, 2, 88).

reste dix ans sans agir est censé avoir renoncé à son droit. Dans l'opinion qu'elle a consacrée, la supposition n'est pas exacte; en effet, le propriétaire devrait agir dans les dix ans à partir de la réception des travaux, quand même les vices se révéleraient seulement pendant la dixième année. Cette conséquence, qui découle de la jurisprudence que nous venons de combattre, a engagé Duvergier à proposer une autre interprétation : le propriétaire aurait dix ans pour agir, à partir du moment où l'édifice serait venu à périr en tout ou en partie (1). Cette opinion n'a pas trouvé faveur, elle manque d'une base légale; le législateur aurait pu la consacrer, l'interprète n'a pas ce droit. Nous croyons inutile d'insister.

60. La garantie étant soumise à une courte prescription, il importe de déterminer d'une manière précise le moment où elle commence à courir. Les articles 1792 et 2270 se bornent à fixer le délai à dix ans; mais les motifs pour lesquels le législateur a prolongé la responsabilité de l'architecte décident implicitement la difficulté. D'après le droit commun, la responsabilité de l'architecte cesserait par la réception des travaux; c'est parce que cette réception ne couvre pas les vices cachés qui peuvent se trouver dans les constructions, que le législateur maintient la responsabilité de l'architecte pendant dix ans; elle survit, comme on dit, à la vérification des travaux, parce que la vérification des vices cachés est impossible. Quand peut-on savoir s'il y a un vice? C'est lors de la réception; le vice est-il apparent, la réception le couvre; le vice est-il caché, la responsabilité subsiste. C'est donc à partir de la réception que le délai de dix ans doit courir, c'est-à-dire à partir du procès-verbal de réception, ou de la prise de possession des lieux, si elle équivaut à une réception (2).

La cour de Paris l'a jugé ainsi. Reste une difficulté : quelle est la date de la réception? Lorsque les travaux sont reçus par un homme de l'art, il en est dressé procès-

(1) Duvergier, t. II, p. 415, n° 360. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VII. p. 362. n° 245 *bis* XIII.
(2) Duvergier, t. II, p. 409, n^os^ 358 et 359.

verbal; la date du procès-verbal fixe, dans ce cas, la date de la réception. La réception peut aussi se faire par le propriétaire; dans ce cas, elle est d'ordinaire tacite. C'est une question de fait; le juge doit décider, d'après les circonstances de la cause, s'il y a réception et à quel jour elle a eu lieu. Dans l'espèce jugée par la cour de Paris, la réception résultait de l'occupation des lieux par le propriétaire, mais les circonstances de la cause ne permettaient pas de préciser la date; la cour s'est décidée par le fait du règlement de la créance de l'architecte; ce fait, coïncidant avec celui de l'occupation, prouvait qu'il y avait réception et en indiquait la date. On objectait que le gros œuvre de la charpente avait été terminé à une époque antérieure, et qu'il fallait appliquer la prescription à chaque travail spécial, en la faisant courir à partir de l'achèvement des travaux de chaque nature. La cour répond que la construction d'une maison formant un ensemble composé de divers travaux, il est impossible de soumettre à une prescription spéciale chaque partie du travail (1). Nous ajouterons qu'il en serait ainsi lors même que le payement se ferait partiellement, à des époques qui sont en rapport avec l'avancement des travaux, car ces payements n'ont rien de commun avec la réception, laquelle n'a lieu que lorsque tous les travaux sont achevés.

61. La prescription de dix ans est-elle suspendue par la minorité? On appelle le délai de dix ans une prescription parce que l'article 2270, qui fixe le même délai pour la même responsabilité, est placé sous la rubrique de la section qui traite de la durée de la prescription. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre que la minorité ne suspend pas le cours de cette prescription spéciale. Il y a un motif de douter qui serait péremptoire s'il s'agissait d'une véritable prescription. Aux termes de l'article 2252, la prescription ne court pas contre les mineurs, à l'exception des cas déterminés par la loi; il faut donc que l'exception soit formulée dans la loi; partant, le si-

(1) Paris, 12 mai 1874 (Dalloz, 1874, 2, 172), et 15 juin 1874 (Dalloz, 1876, 1, 262).

lence de la loi suffit pour décider la difficulté. Vainement la cour de Paris dit-elle que dans des cas analogues, tels que celui de l'article 1676, la prescription court contre les mineurs (1); on ne raisonne pas par voie d'analogie quand il s'agit d'une exception, surtout quand il s'agit de priver un incapable d'une garantie que la loi lui accorde. Mais l'esprit de la loi prouve que le délai de dix ans des articles 1792 et 2270 n'est pas une prescription. Pourquoi la loi limite-t-elle à dix ans la durée de la garantie? Parce que le vice se révèle dans un délai assez court. Faut-il un plus long délai pour que le vice se découvre quand le propriétaire est mineur? La question n'a point de sens. Il ne résulte pas de là que les intérêts du mineur sont sacrifiés. Le délai de dix ans est étranger à l'action qui naît de la garantie; cette action dure trente ans, et la prescription ne court pas contre le mineur (2).

§ VI. *De la responsabilité de l'article* 1382.

62. Quand les architectes et entrepreneurs sont-ils responsables en vertu de l'article 1382? Aux termes de cet article, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. C'est ce que la loi appelle un délit ou un quasi-délit. Nous avons dit ailleurs en quoi la responsabilité naissant d'un fait dommageable diffère de la responsabilité qui découle d'une faute conventionnelle. Ici nous n'avons qu'à déterminer les cas dans lesquels les architectes sont responsables en vertu d'un fait dommageable. Le mot même le dit, et l'article 1370 l'explique : la responsabilité existe par suite d'un *fait* par lequel l'architecte cause un dommage, sans qu'il intervienne aucune convention entre l'architecte et celui qui est lésé. Si le dommage résulte de l'inexécution d'un contrat, la faute est conventionnelle; dans ce cas, on applique les prin-

(1) Paris, 20 juin 1857 (Dalloz, 1858. 2, 88).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 533, § 374.

cipes que nous venons d'exposer. Si le dommage résulte d'un fait qui constitue un délit ou un quasi-délit, sans qu'il s'agisse de l'inexécution d'une convention, on applique les articles 1382 et 1383. Il faut ajouter que l'article 1384 est également applicable à l'architecte et à l'entrepreneur; l'article 1797 le dit: « L'entrepreneur est responsable des personnes qu'il emploie. » De son côté, le propriétaire est responsable, à titre de commettant, des faits de l'architecte, conformément à la disposition de l'article 1384, qui déclare les commettants responsables du dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

63. D'après l'article 1386, le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine lorsqu'elle est arrivée par le vice de sa construction. Cette responsabilité est plus générale, elle existe non-seulement en cas de ruine, elle a lieu dès qu'un vice de construction cause une dégradation à la maison voisine. Le voisin a donc une action contre le propriétaire, sauf à celui-ci à mettre en cause l'architecte ou l'entrepreneur (1); il peut aussi agir directement contre l'auteur du fait dommageable. Les deux actions diffèrent, comme nous l'avons dit en traitant de la responsabilité. Il y a une différence sur laquelle il faut insister. L'action en dommages-intérêts naissant d'un fait dommageable se prescrit par trente ans. Le voisin lésé par un vice de construction a donc trente ans pour agir soit contre le propriétaire de la maison, soit contre l'architecte, quand même le vice de construction ne se révélerait qu'après les dix ans pendant lesquels l'architecte est responsable à l'égard du propriétaire. Il suit de là que la responsabilité de l'article 1382 pèse sur l'architecte, alors qu'il n'est plus responsable en vertu des articles 1792 et 2270. Quelle est la raison de cette différence? C'est que la responsabilité de l'article 1382 est d'intérêt général, elle a pour objet d'assurer les personnes et les choses contre l'imprudence ou la négligence de l'architecte; il y a aussi un intérêt général en jeu dans

(1) Metz, 30 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 5, 294).

le cas des articles 1792 et 2270, mais il tient à une convention ; le propriétaire choisit l'architecte qu'il veut employer, et il peut faire telles stipulations qu'il juge convenables pour sauvegarder ses intérêts ; tandis que les voisins sont étrangers à la convention qui intervient entre l'architecte et celui qui l'emploie ; la loi a dû veiller à leur intérêt qui se confond avec l'intérêt public (1).

64. La durée de la garantie différant selon que l'action naît de l'article 1382 ou des articles 1792 et 2270, il importe de savoir quand l'architecte est responsable comme auteur d'un fait dommageable. On cite comme exemples les cas où l'architecte contrevient aux lois et règlements sur les bâtisses ; il bâtit en dehors de l'alignement ou au delà de la hauteur réglementaire ; le propriétaire est obligé de reculer sa construction ou de la démolir ; l'architecte est responsable en vertu de l'article 1382 : il ne s'agit pas d'un vice de construction, ni d'une malfaçon ; donc les articles 1792 et 2270 sont hors de cause (2). Les tribunaux confondent souvent la responsabilité de l'article 1382 avec la responsabilité conventionnelle, en rattachant à l'article 1792 le principe de la responsabilité qui pèse sur l'architecte quand il n'observe pas les lois sur le voisinage et sur la voirie (3) ; l'erreur est certaine.

L'architecte donne aux murs souterrains une épaisseur moindre que celle qu'il devait leur donner d'après la convention : est-ce un quasi-délit ou une faute conventionnelle? Il est certain qu'il y a mauvaise foi dans ce cas, mais la mauvaise foi résulte de l'inexécution de l'obligation contractée par l'architecte ; c'est un vice de construction, la mauvaise foi aggrave la faute du constructeur, mais cette faute ne change pas de nature, elle reste conventionnelle ; il suit de là que la garantie ne dure que dix ans (4).

(1) Aubry et Rau, t. IV. p. 534, et note 32. § 374. En sens contraire, Duvergier, t. II. p. 417, nº 363, et Troplong, nº 1014.

(2) Duvergier, t. II, p. 417. nº 362. Aubry et Rau, t. IV, p. 533 et suiv., § 374.

(3) Bordeaux, 21 avril 1864 (Dalloz, 1865. 2, 39).

(4) Comparez Caen, 1er avril 1848 (Dalloz. 1848, 2, 176, et la note de l'arrêtiste).

§ VII. *De l'article* 1793.

65. Un architecte ou un entrepreneur se charge d'une construction à forfait. Pendant le cours des travaux, le prix de la main-d'œuvre ou des matériaux augmente. Pourra-t-il, de ce chef, demander une augmentation du prix stipulé par le forfait? La négative est certaine, et elle est consacrée par l'article 1793. C'est l'application du principe de l'irrévocabilité des conventions : elles tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Aucune des parties ne peut modifier le contrat ; le propriétaire n'aurait pas le droit de réclamer une diminution du forfait si le prix de la main-d'œuvre ou des matériaux venait à diminuer ; de quel droit l'architecte réclamerait-il une augmentation du forfait quand le prix vient à augmenter? C'est une chance que les deux parties courent quand elles traitent à forfait ; elles doivent subir la loi qu'elles ont faite.

66. Ce n'est pas là l'objet de l'article 1793 ; l'application de l'article 1134 est si évidente, qu'il était inutile de la formuler. Cet article contient encore une seconde disposition : « L'architecte ne peut pas demander une augmentation de prix sous le prétexte de changements ou augmentations faits sur le plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit et le prix convenu avec le propriétaire. » Apporter des changements au plan ou augmenter les constructions, c'est encore modifier la convention, et l'architecte n'en a pas le droit, puisque les contrats ne peuvent être modifiés que du consentement mutuel des parties contractantes. Si l'architecte faisait des changements ou augmentations par sa seule volonté, non-seulement il ne pourrait pas réclamer, de ce chef, une augmentation de prix, il serait même tenu des dommages-intérêts s'il en résultait un dommage pour le propriétaire. C'est une application évidente du principe de l'irrévocabilité des conventions. Mais, d'après le droit commun, les parties peuvent, par leur consentement mutuel, révoquer leurs conventions ou les modifier. C'est ici

que la loi déroge aux principes généraux, en disposant que les changements ou augmentations faits par l'architecte doivent être autorisés par écrit et le prix convenu avec le propriétaire pour qu'il puisse demander une augmentation de prix. Pourquoi faut-il une autorisation *par écrit*? pourquoi le *prix* doit-il être spécialement convenu?

Le rapporteur et l'orateur du Tribunat ont exposé les motifs de cette innovation, rendue nécessaire par une espèce de fraude que les architectes commettaient au préjudice des propriétaires. Il se peut que l'architecte doive faire des travaux qu'il n'avait point prévus lors du contrat; la nature du sol, par exemple, l'oblige à fortifier les fondements; le prix étant convenu à forfait, l'architecte ne pourrait réclamer, de ce chef, aucune augmentation; pour échapper à la loi du contrat, il propose au propriétaire des changements dans le plan, ce qui annule le forfait et permet à l'architecte de réclamer un prix proportionné aux travaux qu'il exécute. Si le propriétaire a l'imprudence de consentir à des changements, il perdra le bénéfice du forfait. Il en serait de même s'il se laissait entraîner par l'architecte à faire des changements qui augmentent l'utilité ou l'agrément de la construction; il perdra encore les avantages du prix fait; le prix avait été calculé d'après les besoins et d'après la fortune du propriétaire; et, par suite des changements, il se trouve engagé dans des dépenses qui n'ont plus de limite, l'architecte étant intéressé à étendre toujours les travaux. Voilà comment il arrive que le prix des constructions dépasse de beaucoup la somme que le propriétaire voulait y mettre. La loi a voulu garantir les propriétaires contre les conseils intéressés des architectes. Pour que l'architecte puisse réclamer une augmentation de prix à raison des changements qu'il apporte au plan, l'article 1793 exige deux conditions. D'abord il faut que les changements soient autorisés par écrit, afin que le consentement du propriétaire soit certain et qu'il se rende un compte exact des modifications que le forfait va subir. Ensuite le prix des nouveaux travaux doit être spécialement convenu pour que le propriétaire sache quel

est le chiffre de la dépense que les changements occasionneront (1).

67. Le but que le législateur a eu en vue explique la nature des conditions qu'il exige et en détermine le sens. Il faut que les changements soient autorisés par écrit. Est-ce une dérogation à l'article 1341, c'est-à-dire est-ce une simple question de preuve? Non, c'est une mesure de défiance contre l'architecte et une garantie pour le propriétaire. De là suit que l'écrit est la condition sans laquelle l'architecte n'aura pas d'action contre le propriétaire; à défaut d'écrit, le forfait subsiste et, par suite, l'architecte ne peut réclamer que le prix qui y est stipulé. Vainement alléguerait-il un commencement de preuve par écrit pour prouver par témoins que le propriétaire a consenti aux changements; il ne serait pas même admis à se prévaloir de l'aveu du propriétaire, en ce sens qu'il ne pourrait pas le faire interroger sur faits et articles, et il ne pourrait pas lui déférer le serment : il n'y a pas de changement sans écrit (2).

Il y a un arrêt de la cour de Douai en ce sens, mais il est assez mal motivé (3). Le premier juge avait ordonné l'interrogatoire sur faits et articles du propriétaire, afin d'établir si réellement il y avait eu une convention autorisant les changements faits par l'architecte. Sur l'appel, la cour réforma le jugement, par le motif que l'article 1793 établissait une présomption *juris et de jure* au profit du propriétaire, et que, d'après l'article 1352, nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi. L'article 1793 n'établit pas de présomption, il refuse toute action à l'architecte lorsque le changement n'a pas été autorisé par écrit. En admettant qu'il y ait une présomption, il n'est pas exact de dire que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, car l'article 1352 admet l'aveu et le serment; la distinction que la cour établit entre l'aveu purement volontaire et l'aveu fait dans un interrogatoire

(1) Jaubert, Discours, n° 12 (Locré, t. VII, p. 213). Mouricault, Rapport, n° 19 (Locré, t. VII, p. 207).
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 364, n° 246 *bis* IV, et tous les auteurs.
(3) Douai, 16 août 1826 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 105).

n'a aucune base légale, elle est contraire au texte et à l'esprit de la loi. La cour n'avait pas besoin d'invoquer une prétendue présomption de la loi; il suffisait, pour décider la contestation, de se fonder sur le texte de l'article 1793 tel qu'il a été interprété par les orateurs du Tribunat. Cela prouve la grande importance qu'ont les motifs pour l'interprétation du code; c'est là le vrai esprit des lois qui servent à décider les difficultés qu'elles présentent.

La cour de cassation a décidé que le changement était suffisamment autorisé dans une espèce où il n'y avait pas eu d'écrit spécial approuvant les changements que l'architecte avait apportés au plan. Il s'agissait de l'établissement d'une machine à imprimer; l'entrepreneur avait substitué au mécanisme convenu un mécanisme tout différent. Mais le propriétaire avait annoté de sa main les nouveaux plans dressés par le constructeur, et il avait surveillé la confection de la machine. La cour en conclut que le propriétaire n'avait pu ignorer les changements qui avaient été apportés au plan primitif. Ainsi motivée, la décision de la cour serait en opposition avec le texte et avec l'esprit de l'article 1793; la loi ne se contente pas de la connaissance que le propriétaire peut avoir des changements, elle ne se contente pas même de l'approbation, elle veut une autorisation donnée par écrit; seulement, comme elle ne prescrit aucune forme spéciale, et encore moins des termes sacramentels, la cour aurait pu voir dans l'annotation du plan nouveau par le propriétaire un consentement donné par écrit (1).

68. L'article 1793 ajoute que le prix doit être convenu avec le propriétaire. On demande si cette convention doit être constatée par écrit. D'après le texte de la loi, il faut répondre négativement, et telle est aussi l'opinion généralement suivie (2); il s'agit d'une disposition exceptionnelle, il faut donc rester dans les termes de la loi; si l'on n'en peut rien retrancher, il n'est pas permis non plus d'y

(1) Rejet, 16 août 1826 (Dalloz. au mot *Louage d'ouvrage*, n° 106, 1°).
(2) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. IV, p. 535, note 37, § 374. Il faut ajouter Rejet, 13 août 1860 (Dalloz, 1861, 1, 105).

ajouter; or, exiger que le prix soit fixé par écrit, c'est ajouter à la loi une condition qu'elle n'établit point. On a objecté l'esprit de la loi. Que veut le législateur? Que le propriétaire se rende un compte exact non-seulement des modifications que l'entrepreneur veut apporter au plan, mais encore des dépenses qui en résulteront; c'est surtout ce dernier point qui intéresse le propriétaire, et c'est pour qu'il ne soit pas entraîné dans des dépenses qui dépassent ses prévisions que la loi veut une autorisation par écrit; le but de la loi ne serait pas atteint si le prix était convenu oralement. Cela est vrai; les auteurs du code auraient dû exiger une convention écrite, mais ils ne l'ont pas fait, et l'interprète ne peut pas combler la lacune dans une matière exceptionnelle. On a donné un autre motif très-spécieux. Le changement doit être autorisé par écrit; il y a donc un acte constatant une nouvelle convention; or, il n'est pas permis de prouver par témoins outre le contenu en l'acte (art. 1341); donc, dit-on, la nécessité de l'écrit résulte des principes généraux (1). Il nous semble que c'est faire une fausse application de la règle: *Lettres passent témoins*. L'article 1793 exige deux conventions: l'une qui autorise les changements, celle-là doit être écrite; l'autre fixant le prix des travaux; ici la loi se contente du consentement, sans exiger d'écrit; cette convention reste donc sous l'empire du droit commun; on ne peut pas dire que la preuve de cette seconde convention aboutit à prouver outre l'acte, car la convention ne devait pas y être constatée.

69. Si les changements n'ont pas été autorisés, et s'il n'y a pas de convention relative au prix, les travaux que l'architecte fera resteront à sa charge. La conséquence est grave. Il a été jugé que l'entrepreneur n'avait aucune action pour des travaux dont la dépense s'élevait à 669,910 francs (2). Chose singulière : ce sont les juges du fait, des arbitres, qui avaient montré cette sévérité; la cour de cassation annula l'arrêt de la cour de Paris qui avait

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 363, nº 246 *bis* II.
(2) Cassation, 28 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 1, 245).

confirmé la sentence arbitrale. Il s'agissait de la construction d'un canal ; c'était l'ingénieur de la compagnie qui avait ordonné les travaux, les entrepreneurs les avaient seulement acceptés. La cour en conclut que l'article 1793 était inapplicable (1). Il est vrai que si l'on s'en tient aux motifs développés par les orateurs du Tribunat, il faut écarter l'article 1793, puisque c'est une garantie contre l'architecte qui propose des travaux en dehors du forfait ; le propriétaire ne peut pas se plaindre d'avoir été surpris quand c'est lui qui provoque les changements. Mais les discours officiels qui exposent les motifs du code peuvent-ils l'emporter sur les termes généraux de la loi? Cela est douteux. Toutefois, dans l'espèce, nous croyons que la cour de cassation a bien jugé : quand le propriétaire propose les changements, il ne peut y avoir de peine contre l'architecte ; l'article 1793 n'a donc plus de raison d'être.

La cour de Liége a appliqué l'article 1793 avec une sévérité qui peut paraître excessive, et qui est néanmoins très-juste. Dans l'espèce, l'architecte avait dû faire des travaux non prévus par le devis ; sans ces augmentations, l'exécution du plan eût été impossible. Néanmoins la cour décida qu'il fallait s'en tenir au forfait. C'était à l'architecte de prévenir le propriétaire et de demander une autorisation par écrit (1).

70. La loi est d'une sévérité peut-être excessive. C'est une raison pour rester dans les limites précises de l'article 1793. La loi suppose que l'architecte ou l'entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un *bâtiment*. Peut-on l'appliquer à d'autres constructions? L'affirmative est enseignée (2), et elle a été jugée par la cour de cassation (3). Cela nous paraît très-douteux. On dit qu'il y a même motif de décider ; l'analogie ne suffirait point, quand même elle serait complète, pour étendre une disposition aussi anomale que celle de l'article 1793, qui refuse toute force à une convention, quand même elle serait légale-

(1) Liége, 22 juillet 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 218).
(2) Marcadé, t. VII, p. 541, n° II de l'article 1793, suivi par Aubry et Rau.
(3) Cassation, 28 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 1, 245).

ment prouvée. Mais il n'est pas vrai de dire que la loi, par son esprit, embrasse toute espèce de constructions. C'est une disposition que les inconvénients pratiques de l'ancien droit ont provoquée; or, ces inconvénients ne s'étaient produits que dans la construction des bâtiments; quand il s'agit d'un canal, d'un chemin de fer, il n'y a pas à craindre que le propriétaire se laisse influencer par les conseils intéressés de l'architecte; c'est plutôt l'entrepreneur qui est dans la dépendance de la compagnie. Quoi qu'il en soit, il faut s'en tenir rigoureusement à l'interprétation littérale de la loi.

71. L'article 1793 ajoute que la construction doit être *à forfait*, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol. Sur la condition du forfait, il n'y a aucun doute (1). Le texte l'exige formellement, et l'on ne conçoit pas même l'application de la loi quand le prix n'a pas été stipulé à forfait; puisque dans ce cas le prix est nécessairement variable et dépend des travaux exécutés par l'entrepreneur. Le propriétaire qui traite à forfait veut se mettre à l'abri de toute surprise, il ne peut pas se plaindre quand il ne stipule pas un prix invariable. Quand y a-t-il forfait? La cour de cassation a décidé que cette question est de fait (2). Sans doute, puisqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention. Mais il résulte de là que les juges du fait peuvent échapper à l'application de la loi en décidant qu'il n'y a pas de forfait. La difficulté devient très-sérieuse lorsqu'il n'y a pas de plan régulier et complet des ouvrages, quoique le prix soit convenu d'avance pour tous les travaux qui devront être exécutés. L'article 1793 sera-t-il applicable? S'il exigeait seulement le forfait, l'affirmative serait certaine; mais il exige plus, il veut qu'il y ait un plan arrêté et convenu avec le propriétaire. S'il n'y a aucun plan, il va de soi que la loi ne peut pas recevoir son application, il ne peut être question d'autoriser par écrit un changement ou une augmentation sur un plan qui n'existe pas. C'est le propriétaire, dans ce cas, qui est

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 535, note 39, § 374, et tous les auteurs.
(2) Rejet, 20 mai 1824 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 109).

en faute; au lieu de lier l'architecte par un plan, il se contente de lui donner des instructions vagues et indéterminées qui laissent nécessairement une certaine latitude à l'homme de l'art; celui-ci obéit à ses inspirations ou à son intérêt, un changement en amène un autre, et c'est ainsi que le propriétaire se trouve entraîné dans des dépenses excessives (1).

La cour de cassation a appliqué ces principes à un traité à forfait passé pour l'établissement d'un chemin de fer et de ses dépendances. Lors du traité, les plans et tracés des travaux n'avaient pas été arrêtés entre les parties. La cour en conclut que le prix dû à l'entrepreneur peut, dans ce cas, être réglé à une somme supérieure à celle qui était fixée dans le marché. Il y avait, dans l'espèce, un prix fait, mais il n'y avait pas de plans convenus. La cour de cassation ne décide pas, en droit, qu'il n'y avait pas de forfait; elle dit que l'arrêt attaqué était fondé sur l'interprétation des conventions et de la volonté des parties (2).

Il y a un arrêt récent en sens contraire. La convention litigieuse avait également pour objet des travaux d'un chemin de fer. L'arrêt de la cour de Paris décidait, *en droit*, que la validité des contrats portant une stipulation de forfait n'est pas soumise à d'autres conditions que celles des autres contrats. Si, dans l'article 1793, le législateur a parlé de plans arrêtés et convenus, il n'a pas entendu faire de la production de ces plans une formalité substantielle ne pouvant être suppléée par aucun équivalent; il a simplement voulu énoncer le mode le plus propre à déterminer avec précision l'objet et l'étendue des conventions à forfait. En fait, dit la cour, des plans et devis ont été soumis aux entrepreneurs; ceux-ci ont pu, en outre, constater eux-mêmes, par l'examen des lieux, la nature du sol soumis à leurs travaux et la gravité des obstacles qu'ils auraient à vaincre. Ici nous arrêtons la cour : la considération qu'elle fait valoir est prise en dehors de la loi;

(1) Duranton, t. XVII, p. 250. n° 256, et tous les auteurs. Rejet, 6 juin 1827 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 106).
(2) Rejet, 13 août 1860 (Dalloz, 1861, 1, 105).

si on pouvait l'invoquer, l'article 1793 ne serait jamais applicable. La loi ne se contente pas de la connaissance que les entrepreneurs peuvent obtenir, elle veut une convention, un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol. L'arrêt dit que rien n'a été volontairement celé aux entrepreneurs. Nous demandons si ce fait négatif peut tenir lieu d'un *plan convenu et arrêté?* Enfin la cour invoque contre les entrepreneurs les termes de leur contrat; ils y déclaraient que les obligations qu'ils souscrivaient étaient prises par eux en connaissance de cause. Il nous semble que le pourvoi avait raison de dire que des faits ainsi constatés on devait conclure qu'il n'y avait pas de plans arrêtés et convenus. La chambre des requêtes a jugé que l'arrêt attaqué avait fait une juste application de l'article 1793 (1). C'est méconnaître que cette disposition est exceptionnelle et que les exceptions qui dérogent à un principe essentiel des contrats sont de la plus rigoureuse interprétation.

72. On voit que les tribunaux s'en tiennent tantôt au texte et tantôt s'en écartent, sans doute suivant la faveur de la cause. La tendance de la jurisprudence est de modérer la rigueur de la loi. Dans l'exécution des marchés à forfait pour l'établissement d'un chemin de fer, il se fait souvent des travaux qui n'ont pu être prévus lors du traité: tels sont les travaux réclamés par les propriétaires des parcelles expropriées. La cour de Liége a jugé que ces travaux ne pouvaient être considérés comme des augmentations dans le sens de l'article 1793. Il résulte de la nature même du contrat, dit l'arrêt, que le forfait n'a pu porter que sur les travaux prévus et décrits au moment du contrat, ainsi que sur les modifications de détail que son exécution pourrait nécessiter. Il en est tout autrement des travaux résultant, soit des modifications qui se trouvaient en dehors de toute prévision, soit des exigences des propriétaires des terrains acquis et dans l'intérêt de l'exploitation des terres sur lesquelles des emprises auraient été faites. De pareils travaux ne peuvent pas être consi-

(1) Rejet, 4 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 1, 246).

dérés comme faisant partie de l'entreprise ; d'où suit que l'entrepreneur a le droit d'en réclamer le prix (1). Si l'on ne consulte que l'esprit de la loi, cela n'est pas douteux ; mais le texte ne comporte pas ces distinctions, quand on admet que l'article 1793 reçoit son application à toute espèce de travaux. Il nous semble que c'est une raison décisive pour s'attacher strictement à la lettre de la loi, qui ne parle que de la construction à forfait d'un bâtiment (n° 70).

73. La cour de Bruxelles est allée plus loin. Des travaux avaient été faits à l'église de Laeken, en dehors de l'entreprise et malgré la défense formelle de l'architecte. L'entrepreneur en réclama le prix, par le motif que les ouvrages étaient utiles et même nécessaires ; il invoquait l'adage qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui et demandait, en conséquence, que l'Etat lui remboursât ses dépenses jusqu'à concurrence de l'utilité et du profit qu'il en retirait. La cour admet le principe, sur la foi des auteurs les plus respectables qui enseignent que le maître est tenu, alors même que la chose aurait été administrée contre son gré, d'indemniser le gérant lorsqu'il profite de la gestion. C'est ce qu'on appelle l'action *de in rem verso* (2). La cour oublie que cette action suppose qu'il n'est intervenu aucun contrat entre les parties. Or, dans l'espèce, il ne pouvait être question d'une gestion d'affaires ; il s'agissait de l'exécution d'un contrat d'entreprise et de l'application de l'article 1793. La loi refuse toute action à l'entrepreneur, alors même qu'il aurait été autorisé par le propriétaire à faire les travaux, si l'autorisation n'a pas été donnée par écrit. Et la cour admet l'action alors qu'il y avait eu défense formelle de l'architecte d'exécuter les travaux ! C'est effacer l'article 1793 du code et faire une très-fausse application de l'action *de in rem verso*.

74. Les parties contractantes peuvent-elles déroger à la disposition de l'article 1793? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Si la loi fait exception aux principes

(1) Liége, 16 avril 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 146).
(2) Bruxelles, 3 décembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 332).

qui régissent la force obligatoire des conventions, c'est uniquement dans l'intérêt du propriétaire; celui-ci peut renoncer à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur. A plus forte raison l'entrepreneur peut-il s'engager par le contrat à forfait de tous les travaux à faire et de toutes les acquisitions de terrains nécessaires à son entreprise, avec stipulation expresse qu'il supportera seul l'excédant de dépenses. Peut-il réclamer une augmentation de prix pour les dépenses imprévues tenant à la nature des travaux ou résultant d'événements de force majeure? La cour de cassation a jugé qu'il n'avait aucune action. D'après la jurisprudence que nous venons d'exposer, l'entrepreneur aurait pu demander une augmentation de prix, mais la convention, loin de déroger à l'article 1793, en avait augmenté la rigueur; elle était en réalité aléatoire; l'entrepreneur devait subir les mauvaises chances auxquelles il s'était soumis (1).

Les conventions des parties peuvent aussi déroger à l'article 1793 en faveur de l'architecte. Il est dit dans le contrat que le propriétaire se réserve le droit de faire, au cours des travaux, les changements, augmentations et diminutions qu'il estimerait convenables, moyennant un prix fixé par analogie avec les prix du marché. Dans ce cas, le propriétaire consent d'avance à ce que l'entrepreneur réclame une augmentation de prix pour les travaux supplémentaires qui seront faits avec son consentement. Reste à prouver ce consentement. La preuve s'en fera d'après le droit commun, donc par témoins ou par présomptions, s'il y a un commencement de preuve par écrit. En fait, il a été jugé que les juges ont pu puiser ce commencement de preuve dans la réserve contenue au traité et dans la quittance constatant le payement de divers travaux supplémentaires pour lesquels l'autorisation était nécessaire. Quant aux présomptions, elles dépendent des circonstances de la cause; dans l'espèce, le propriétaire avait commandé, surveillé et payé les travaux, son architecte les avait également surveillés, il avait réglé les mé-

(1) Cassation, 28 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 1, 245).

moires et reçu une rétribution proportionnelle sur la totalité des ouvrages exécutés. La cour de cassation rejeta le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Rennes qui avait jugé en ce sens. Elle pose en principe que l'article 1793 n'est rigoureusement applicable qu'aux conventions qui réunissent tous les caractères d'un forfait pur et simple; il ne saurait être étendu au cas où les parties, tout en stipulant le forfait, y ont ajouté des clauses et conditions qui le modifient (1). Ce principe est fondé sur le caractère exceptionnel de l'article 1793; dès que l'on n'est plus dans les termes de l'exception, on rentre dans le droit commun.

Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique dans le même sens. L'entrepreneur avait été placé sous la surveillance et la direction d'une commission investie des pouvoirs les plus étendus; il était obligé, par son contrat, d'exécuter tous les changements que la commission jugerait convenables, d'après un prix déterminé à l'avance par la convention. Restait à savoir si les changements devaient être prouvés par écrit; l'arrêt attaqué avait décidé la négative en se fondant sur l'intention des parties contractantes, ce qui rendait la décision souveraine (2). La cour de Liége a donné une autre interprétation à la clause qui prévoyait des changements; elle a jugé que les changements devaient, quoique prévus, être autorisés par écrit (3). Cela prouve que la question de fait implique une question de droit, et le point de droit n'est pas douteux, comme nous venons de le dire : la clause qui prévoit des changements place la convention en dehors de l'article 1793, et par cela seul elle est soumise au droit commun.

75. Il se présente une dernière difficulté qui reçoit la même solution par application du même principe. L'article 1793 suppose qu'il s'agit d'un forfait convenu entre le propriétaire et l'entrepreneur. Que faut-il décider si l'entrepreneur principal traite avec des sous-entrepreneurs?

(1) Rejet, 6 mars 1860 (Dalloz, 1860, 1, 266).
(2) Rejet. 25 juin 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 1, 410). Dans le même sens, Gand, 13 juillet 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 101).
(3) Liége. 8 mai 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 278).

Ces traités ne sont pas prévus par le texte de la loi, ce qui, à notre avis, décide la question. On cite en ce sens un arrêt de la cour de cassation (1), mais les termes de l'arrêt sont restrictifs. Dans l'espèce, les sous-traités avaient été faits verbalement entre l'entrepreneur principal et les maçons, charpentiers et autres ouvriers, chargés d'exécuter certaines parties du travail; on s'était contenté de leur communiquer le plan signé par l'entrepreneur principal et le propriétaire. La cour insiste sur cette circonstance qu'il s'agit, non d'une dérogation verbale à une convention rédigée par écrit, cas prévu par l'article 1793, mais d'une seconde convention verbale venant s'ajouter à une convention de même nature et susceptible d'être prouvée de la même manière (2). Faut-il induire de ces termes restrictifs que si l'entrepreneur avait traité par écrit, les sous-traités seraient soumis à l'article 1793? Dans notre opinion, l'article 1793 cesse d'être applicable dès que le propriétaire ne figure pas dans la convention : le texte le dit, ce qui est décisif quand il s'agit d'une disposition exorbitante du droit commun. Et le texte est en harmonie avec l'esprit de la loi : elle veut protéger les propriétaires ignorants et crédules, elle ne reçoit donc pas d'application à des entrepreneurs qui traitent avec des sous-entrepreneurs.

§ VIII. *De l'article* 1798.

76. « Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée » (art. 1798). Quel est l'objet de cette disposition? Est-ce une application de l'article 1166? L'article 1166 permet

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 536, note 41. § 374.
(2) Rejet, 3 août 1868 (Dalloz, 1869, 1, 228).

aux créanciers d'exercer tous les droits de leur débiteur; en vertu de cette disposition, les ouvriers employés par l'entrepreneur peuvent agir contre le propriétaire si celui-ci est débiteur de leur débiteur; c'est le droit commun. Mais, d'après l'article 1166, les ouvriers qui exerceraient les droits de l'entrepreneur contre le propriétaire n'auraient pas un droit exclusif à la créance; ils en devraient partager le bénéfice avec les autres créanciers de leur débiteur. On demande si l'article 1798 déroge à ce principe. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Delvincourt. Le texte laisse quelque doute; il ne dit pas que les ouvriers ont un droit exclusif au produit de leur action; on pourrait en conclure que la loi ne dérogeant pas à la règle générale de l'article 1166, celle-ci reste par cela même applicable. Mais ainsi entendu, l'article 1798 serait inutile : à quoi bon répéter dans l'article 1798 ce que dit l'article 1166? Il y a plus, la disposition n'a pas de sens si elle n'est que l'application pure et simple de l'article 1166; elle restreindrait la règle générale de cet article en la limitant aux ouvriers, ce qui exclurait tous ceux qui ne sont pas ouvriers. De ce que la loi ne parle que des ouvriers, il faut conclure qu'elle a voulu favoriser le travail en assurant aux travailleurs le payement qui leur est dû. Il arrive trop souvent que l'entrepreneur fait faillite; si les ouvriers restaient dans le droit commun, ils seraient créanciers de la faillite, c'est-à-dire qu'ils ne recevraient pas le payement de leur salaire, puisqu'ils viendraient par contribution sur la masse avec les autres créanciers de l'entrepreneur. Ce résultat serait injuste en ce qui concerne la créance de l'entrepreneur contre le propriétaire; c'est le travail des ouvriers qui a procuré cette créance; c'est grâce à leur travail que cette créance se trouve dans la masse; dès lors il est juste qu'ils aient sur cette créance un droit exclusif (1).

77. L'article 1798 déroge au droit commun; il est donc de stricte interprétation. La cour de cassation a consacré

(1) Duranton, t. XVII, p. 257, n° 262. Duvergier, t. II, p. 427, n° 381. Colmet de Santerre, t. VII, p. 368, n° 251 *bis*. Douai, 30 mars 1833 (Dalloz, au mot *Louage d'ouvrage*, n° 117, 1°).

ce principe : « Edicté pour protéger le travail, l'article 1798 n'est applicable qu'aux ouvriers réclamant le prix de la main-d'œuvre (1). » Dans un autre arrêt, la cour motive le principe qui domine la matière : « En permettant aux ouvriers d'agir contre le propriétaire avec lequel ils n'ont pas contracté, sans s'adresser à l'entrepreneur qui, les ayant employés, est leur débiteur personnel et direct, cet article a consacré une exception qui, comme telle, doit être renfermée dans son objet précis. » De là suit que le droit que la loi crée ne peut, en raison de son caractère exceptionnel, être exercé que par ceux en faveur de qui il est spécialement établi. Or, il résulte des termes mêmes de l'article 1798 que le législateur a eu en vue les ouvriers proprement dits, dont, dans une pensée de protection et dans un intérêt de justice et d'humanité, il s'est proposé de garantir le salaire. La cour en conclut que l'action instituée par l'article 1798 est établie en faveur du travail (2).

Le principe ne saurait être contesté, puisqu'il est consacré par le texte même du code. Il sert à décider les difficultés qui se présentent dans l'application de la loi. Le travail, et un travail manuel, est la condition essentielle sous laquelle l'action de l'article 1798 peut être exercée; elle appartient à tout ouvrier, mais elle n'appartient qu'à l'ouvrier. Nous disons que tout ouvrier peut se prévaloir du droit exceptionnel de l'article 1798. La disposition profite donc aux maîtres ouvriers qui, en travaillant personnellement à la construction, se font aider par d'autres ouvriers sous leurs ordres; elle peut encore être invoquée par l'ouvrier qui s'est chargé des fournitures accessoires à la matière sur laquelle il travaille; ces créanciers agissent en vertu d'une créance dont la cause première et principale est dans leur travail, ils ont pour eux le texte et l'esprit de la loi. Quel que soit le travail, l'article 1798 est applicable. Il a été jugé que ceux qui font

(1) Rejet, 31 juillet 1867 (Dalloz, 1868, 1, 25).
(2) Rejet, chambre civile, 12 février 1866 (Dalloz, 1866, 1, 57). Deux arrêts sur le rapport de Pont.

les transports de sable avec leurs chevaux et charrettes sont des ouvriers dans le sens de l'article 1798 (1).

Ceux qui sont étrangers à la main-d'œuvre ne sont pas des ouvriers; donc ils ne peuvent pas invoquer le bénéfice de l'article 1798. Cela n'est pas douteux quant aux employés et commis (2), et quant à ceux qui se bornent à fournir les matériaux nécessaires pour la construction, sans faire un travail personnel. Il y a quelque incertitude dans la jurisprudence en ce qui concerne les sous-entrepreneurs (3). L'arrêt de la cour de cassation qui a si nettement formulé le principe dominant de notre matière, décide que les sous-entrepreneurs ne peuvent pas profiter de l'article 1798. Le texte résiste à l'extension qu'on voudrait lui donner; il parle des *ouvriers* dont la loi veut assurer le salaire; or, les sous-entrepreneurs ne sont pas des ouvriers, ils spéculent, ils font une opération commerciale; quant au travail manuel, ils le font exécuter dans le but de réaliser un bénéfice sur ces travaux. Dans l'espèce jugée par la cour, la distinction entre l'ouvrier et l'entrepreneur était évidente. Le montant des travaux exécutés par les sous-entrepreneurs dépassait la somme de 192,000 francs; les sous-traitants prenaient eux-mêmes la qualité d'entrepreneurs de travaux publics; ils traitaient à forfait et faisaient exécuter les travaux par de nombreux ouvriers; cette spéculation, dit la cour suprême, est fort éloignée du rôle modeste de l'homme de travail, auquel la loi donne le nom d'ouvrier. Mais la question ne se présente pas toujours dans ces termes. Il y a des maîtres ouvriers qui traitent à forfait, comme sous-entrepreneurs; ils emploient leurs ouvriers, mais eux-mêmes mettent la main à l'œuvre. Doit-on les considérer comme entrepreneurs ou comme ouvriers? La question divise les tribunaux. Il a été jugé par la cour de Dijon que l'article 1798 est applicable toutes les fois que les ouvriers sous-entrepreneurs ont travaillé eux-mêmes

(1) Bordeaux, 31 mars 1854 (Dalloz, 1854, 2, 35); 22 août 1850 et 24 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 103).

(2) Besançon, 16 juin 1863 (Dalloz, 1863, 2, 103).

(3) Lyon. 21 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 157). Bordeaux, 30 novembre 1858 (Dalloz, 1860, 2, 32).

ou par leurs ouvriers. Cette décision a été cassée, sur les conclusions contraires de l'avocat général De Raynal. La cour s'en tient au principe d'interprétation qu'elle a formulé ; la disposition de l'article 1798 étant exceptionnelle, doit être restreinte au cas spécial pour lequel elle a été créée ; l'étendre, c'est établir l'inégalité entre les divers créanciers, alors que la loi veut que tous soient payés par contribution. Dans l'espèce, les ouvriers avaient fait un traité moyennant un prix déterminé ; les stipulations de ce traité donnaient à leur coopération le caractère de spéculation et d'opération industrielle ; on ne pouvait pas les confondre avec des ouvriers travaillant à la tâche ou à la journée ; partant, l'article 1798 était inapplicable (1).

Ainsi, d'après la jurisprudence de la cour de cassation, l'ouvrier qui se fait entrepreneur ne peut pas se prévaloir de l'article 1798, et il devient entrepreneur lorsqu'il est spéculateur, commerçant ou industriel. Les cours d'appel étendent, au contraire, l'article 1798 aux ouvriers sous-entrepreneurs. On lit, dans un arrêt de la cour de Besançon, que les tâcherons, maîtres-ouvriers et sous-entrepreneurs qui organisent et dirigent les chantiers et qui préparent et suivent sur le terrain même la marche et l'exécution de l'entreprise, donnent aussi une coopération directe et personnelle au travail matériel ; que s'ils emploient d'autres ouvriers, ces derniers ne sont que leurs auxiliaires ; que leur bénéfice sur la main-d'œuvre n'est pas une spéculation, mais la rémunération de leur temps et de leur *coopération à la tâche commune*. Il nous semble que les considérants de l'arrêt témoignent contre la doctrine que la cour sanctionne ; elle étend le texte à tous ceux qui *coopèrent* à l'œuvre de construction, tandis que l'article 1798 limite la faveur qu'il accorde à ceux qui y *coopèrent par un travail manuel*. Cela devient évident par ce que la cour ajoute : « Le simple ouvrier n'apporte à l'entreprise que sa main-d'œuvre, tandis que le tâcheron ou le maître-ouvrier engage en outre son industrie,

(1) Cassation, 11 novembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 444). Dans le même sens, Rejet, 14 juillet 1868 (Dalloz, 1871, 5, 251, n° 5).

son expérience, ses matériaux, ses avances et son crédit, il est le principal créateur du travail exécuté (1). » On peut en dire autant de tout sous-entrepreneur, alors même qu'il ne mettrait pas la main à l'œuvre. C'est sortir du texte de la loi, pour établir une règle beaucoup plus large ; l'interprète n'a pas ce droit-là.

On a nié, il est vrai, que le texte soit restrictif. La disposition, dit la cour de Paris, est générale ; elle ne fait aucune distinction entre les simples ouvriers dont le travail manuel a contribué à la construction, et les sous-entrepreneurs employant eux-mêmes des ouvriers (2). C'est nier l'évidence. La loi ne se contente pas même du mot *ouvriers* ; elle commence par dire les *maçons, charpentiers,* et puis elle ajoute : et les *autres ouvriers* qui ont été employés à la construction d'un bâtiment fait à l'entreprise ; c'est bien marquer qu'il s'agit des *ouvriers* qui ont *construit,* donc de ceux qui ont loué leur main-d'œuvre ; ce qui exclut les entrepreneurs. Mais cela n'exclut pas les maîtres qui travaillent avec leurs ouvriers et qui mettent, comme eux, la main à l'œuvre.

78. Quel est le droit que l'article 1798 accorde aux ouvriers ? La loi dit qu'ils n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée. Il suit de là que si le propriétaire n'est pas débiteur de l'entrepreneur, les ouvriers n'ont pas d'action. La raison en est que les ouvriers n'ont pas traité avec le propriétaire, ils ne sont pas ses créanciers ; ils exercent la créance que leur débiteur, l'entrepreneur, a contre le propriétaire, ce qui suppose que cette créance subsiste, c'est-à-dire qu'elle n'a pas été éteinte par le payement ou par tout autre mode d'extinction des obligations. Si, comme cela arrive d'ordinaire, le propriétaire a fait des payements partiels pendant le cours des travaux, sa dette est éteinte partiellement ; il peut opposer aux ouvriers les payements qu'il a faits.

(1) Besançon, 16 juin 1863 (Dalloz, 1863, 2, 104).
(2) Paris, 10 février 1847 (Dalloz, 1847, 2, 35).

Faut-il que ces payements aient date certaine? Non, car les ouvriers ne sont pas des tiers. Cela est évident dans notre opinion, puisque nous supposons qu'ils agissent en vertu de l'article 1166, en ce sens qu'ils exercent les droits de l'entrepreneur, leur débiteur; ils sont donc les ayants cause de l'entrepreneur, partant le propriétaire peut leur opposer les quittances de l'entrepreneur au nom duquel ils agissent (1).

79. Du principe que les ouvriers exercent la créance de l'entrepreneur contre le propriétaire suit encore que si l'entrepreneur a cédé sa créance antérieurement à l'action des ouvriers, les ouvriers n'ont plus d'action, bien que le propriétaire soit encore débiteur, mais il n'est plus débiteur de l'entrepreneur, il est débiteur du cessionnaire. Cela suppose que la cession a été signifiée au propriétaire ou acceptée par lui; tant qu'il n'y a eu ni signification ni acceptation de la cession, celle-ci n'existe pas à l'égard du débiteur, il ne peut donc pas s'en prévaloir contre les ouvriers; l'entrepreneur conserve son action contre le propriétaire, donc les ouvriers qui exercent ses droits peuvent aussi agir; et du moment qu'ils agissent ils ont un droit sur la créance, droit acquis qui ne peut pas leur être enlevé; de sorte que le cessionnaire ne pourrait plus signifier la cession à leur préjudice. De même l'entrepreneur ne pourrait plus céder la créance au préjudice des ouvriers après qu'ils ont intenté leur action; ils ont un droit sur la créance, en vertu de l'article 1798, dès qu'ils exercent leur action contre le propriétaire (2).

Il a été jugé que l'action des ouvriers a pour effet de les substituer à l'entrepreneur, de dessaisir ce dernier et d'empêcher toute cession qu'il ferait ultérieurement de ses droits. Le même arrêt décide, ce qui n'est pas douteux, que les ouvriers ont droit sur toute la créance, sans qu'il y ait lieu de la diviser, pour l'attribuer spécialement à certaines catégories de travaux auxquels les ouvriers

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 334, n° 829 *ter*, 1°. Poitiers, 9 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 2, 151).
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 334, n° 829 *ter*, 2°. Lyon, 21 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 157).

demandeurs seraient restés étrangers. La loi ne distingue pas et ne permet aucune division de cette nature ; chaque ouvrier a un droit égal sur la somme due par le propriétaire à l'entrepreneur, et le partage de cette créance se fait entre tous les ayants droit, au marc le franc en cas d'insuffisance (1).

Par contre il est de jurisprudence que la cession de la créance antérieure à l'action des ouvriers peut être opposée aux ouvriers, quand même l'entrepreneur aurait consenti la cession avant l'entier achèvement des travaux ; on peut vendre une chose future; or, la créance de l'entrepreneur, à raison des travaux qui restent à faire lors de la cession, est une chose future ; l'entrepreneur peut la céder, pourvu que la cession soit faite de bonne foi ; s'il cédait sa créance en fraude des ouvriers, ceux-ci auraient l'action paulienne (2). L'entrepreneur peut même céder sa créance avant le commencement des travaux. On a objecté à tort qu'une pareille cession avait pour objet une pure éventualité, une espérance incertaine, et qu'il dépendait du cédant d'en empêcher la réalisation. L'entrepreneur, adjudicataire des travaux, a un droit certain, quoique futur ; et ce droit ne dépend pas de sa volonté, puisqu'il est engagé par un contrat à faire les travaux (3).

Cette dernière conséquence qui résulte du principe consacré par la jurisprudence a fait naître des doutes sur le principe même. La loi a voulu garantir aux ouvriers le payement de ce qui leur est dû ; que devient cette garantie s'il dépend de l'entrepreneur de la leur enlever par une cession consentie avant que les ouvriers puissent agir? On en a conclu que les ouvriers devaient l'emporter sur le cessionnaire (4). Nous répondons que le point de départ de cette argumentation n'est pas exact; la loi n'a pas eu

( ) Besançon, 16 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 2, 103).

(2) Rejet. 18 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 1. 121). Cassation, 11 juin 1861 (Dalloz. 1861, 1, 262). Paris, 17 août 1863 (Dalloz, 1863, 2, 150), et 14 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 22).

(3) Grenoble, 7 février 1868 (Dalloz, 1869, 2, 103). Comparez Douai, 20 avril 1861 (Dalloz, 1871, 5. 251, n° 4).

(4) Fremy-Ligneville, *Traité de la législation des bâtiments*, t I, n° 226. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Montpellier du 24 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 103).

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F.

pour objet de donner une garantie complète aux ouvriers, car elle ne leur donne pas de privilége; or, c'est leur donner un privilége que de leur accorder le droit d'être payés de préférence aux cessionnaires. Cela est décisif contre l'opinion que nous combattons, car il n'appartient pas à l'interprète de créer des priviléges.

80. La créance de l'entrepreneur contre le propriétaire a été saisie-arrêtée entre les mains de celui-ci par un créancier de l'entrepreneur. Cette saisie peut-elle être opposée aux ouvriers qui agissent postérieurement? La difficulté est de savoir quel est l'effet de la saisie-arrêt. Elle ne dépouille pas l'entrepreneur de sa créance, elle n'en transporte pas la propriété au créancier saisissant. Il suit de là qu'elle ne peut pas porter préjudice au droit des ouvriers; ils peuvent également saisir la créance de leur débiteur, puisqu'il reste créancier malgré la saisie; reste à savoir s'ils seront payés par contribution avec les créanciers saisissants. Les ouvriers de même que les créanciers saisissants agissent en vertu du principe de l'article 1166; mais l'article 1798 déroge au droit commun en faveur des ouvriers; ils ne partagent pas le produit de leur action avec les autres créanciers de l'entrepreneur. Ils peuvent donc faire valoir leur droit contre les créanciers saisissants (1). Toutefois la jurisprudence admet que, lorsque la saisie a été validée, les créanciers ont un droit acquis sur la créance, droit qui ne peut plus leur être enlevé par les ouvriers (2). Nous avons émis ailleurs l'opinion contraire (t. XVII, n^{os} 552 et 553); la saisie, quoique validée, n'attribue pas la créance aux créanciers saisissants; or, tant que la créance reste dans le domaine de l'entrepreneur, les ouvriers peuvent exercer le droit que leur donne l'article 1798, de préférence aux autres créanciers de l'entrepreneur.

81. L'article 1798 limite l'action des ouvriers contre le propriétaire à la somme dont le propriétaire se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 334, n° 829 *quater*.
(2) Bordeaux, 31 mars 1854 (Dalloz, 1857, 2, 35). Poitiers, 9 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 2, 151). Paris, 12 avril 1866 (Dalloz, 1866, 5, 291).

est intentée. Quelle est cette action? Est-ce une action directe? La jurisprudence est unanime en ce sens. Si l'on entend par là que l'action des ouvriers n'est pas l'action de l'article 1166, nous sommes d'accord ; l'objet de l'article 1798 est précisément de déroger au principe de l'article 1166, en attribuant aux ouvriers le bénéfice exclusif de la créance de l'entrepreneur, mais ils n'en exercent pas moins cette créance ; car, de leur chef, ils ne peuvent pas agir contre le propriétaire, n'ayant pas traité avec lui. Dira-t-on que la loi leur donne cette action directe comme s'ils étaient créanciers personnels du propriétaire? Ce serait là une singulière anomalie ; les obligations ne naissent, en général, que d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. Dans l'espèce, il y a un contrat, mais ce contrat n'existe qu'entre l'ouvrier et l'entrepreneur ; l'ouvrier n'a donc d'action personnelle et directe que contre l'entrepreneur avec lequel il a traité. S'il peut agir contre le propriétaire, c'est seulement à raison de la créance que l'entrepreneur a contre le propriétaire, l'article 1798 le dit ; voilà pourquoi l'ouvrier n'a d'action que jusqu'à concurrence de ce qui est dû à l'entrepreneur. Cette action indirecte suffit, en général, pour garantir le payement des ouvriers ; il était inutile de créer une action directe en dérogeant aux principes les plus essentiels des obligations. Il y a un arrêt de la cour de cassation qui paraît conforme à notre opinion ; la cour dit que l'article 1798 donne aux ouvriers employés par l'entrepreneur une action directe pour être payés par préférence à tous autres créanciers sur le prix dû à cet entrepreneur par le propriétaire (1).

Cette action est-elle privilégiée? On lit dans tous les arrêts rendus sur la matière que l'article 1798 ne donne pas un privilége aux ouvriers. Il faut s'entendre. Les ouvriers agissent contre le propriétaire ; cette action n'est pas privilégiée, en ce sens qu'ils n'ont aucun droit réel qui leur donne une préférence contre des tiers cessionnaires. Si la créance de l'entrepreneur a été cédée anté-

(1) Cassation, 11 juin 1861 (Dalloz, 1861, 1, 262).

rieurement à l'action des ouvriers, ceux-ci seront écartés par le cessionnaire ; en ce sens ils n'ont pas de privilége. On a invoqué, en faveur des ouvriers, la loi du 22 pluviôse an II, qui accorde un privilége aux ouvriers pour le payement de leurs salaires sur les sommes dues aux entrepreneurs des travaux de l'Etat; mais, par cela même que cette loi crée un privilége, on ne peut l'étendre à des cas qu'elle ne prévoit pas ; les ouvriers ne peuvent donc s'en prévaloir quand il s'agit de travaux exécutés pour le compte des particuliers ou même des communes (1). Mais l'article 1798 donne une préférence aux ouvriers à l'égard des autres créanciers de l'entrepreneur, puisqu'ils profitent exclusivement du bénéfice de l'action qu'ils intentent contre le propriétaire ; tandis que, d'après le droit commun, ils devaient le partager avec les autres créanciers ; sous ce rapport, leur position est privilégiée (2).

L'action des ouvriers contre le propriétaire donne encore lieu à une autre difficulté. On suppose que l'entrepreneur tombe en faillite : les ouvriers perdent-ils, dans ce cas, leur action contre le propriétaire? Cette créance fait partie de la masse ; elle est, à ce titre, le gage de tous les créanciers de l'entrepreneur ; les ouvriers conservent-ils, à l'égard de la masse, la préférence que la loi leur accorde lorsqu'ils agissent contre le propriétaire? L'affirmative n'est pas douteuse lorsque les ouvriers ont intenté leur action avant la déclaration de faillite, car leur action dessaisit l'entrepreneur et donne aux ouvriers un droit acquis ; donc la faillite ne peut pas les dépouiller. Ne faut-il pas aller plus loin et dire que l'action n'est que l'exercice d'un droit que les ouvriers tiennent de la loi? Et si la loi les saisit de la créance, la faillite de l'entrepreneur ne peut pas leur être opposée. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens (3). Il y a un doute. C'est dépasser la loi que de dire qu'elle saisit les ouvriers de la créance de l'entrepreneur contre le propriétaire,

(1) Rejet, 18 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 1. 121). Paris, 12 avril 1866 (Dalloz, 1866. 5. 291). Grenoble, 7 février 1868 (Dalloz, 1869, 2, 103).
(2) Bordeaux. 30 novembre 1858 (Dalloz. 1860, 2, 32).
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 537, et note 48, et les arrêts qui y sont cités.

puisque l'entrepreneur en peut disposer tant que les ouvriers n'agissent pas. Toutefois l'esprit de la loi nous fait pencher en faveur de l'opinion générale; il est vrai que, dans notre opinion, les ouvriers exercent les droits de l'entrepreneur, mais ils les exercent avec un droit de préférence; or, c'est précisément à raison de l'insolvabilité de l'entrepreneur que la loi donne action aux ouvriers contre le propriétaire; il faut donc la leur conserver quand l'entrepreneur fait faillite.

82. Les travaux publics ont pris un accroissement prodigieux par suite de la construction des chemins de fer, et quand les relations entre les hommes se multiplient, les procès aussi augmentent. Trop souvent les entreprises ou les sous-entreprises aboutissent à des faillites, dont les ouvriers menacent d'être les victimes. Le législateur a pourvu à l'intérêt des ouvriers lorsqu'ils traitent avec un entrepreneur. Mais l'article 1798 est loin de prévoir les difficultés que les grandes entreprises ont fait naître. Il y a un entrepreneur général qui traite avec des sous-entrepreneurs; ceux-ci traitent avec les ouvriers. Si le sous-traitant est insolvable, les ouvriers auront-ils une action contre l'entrepreneur? En vertu du droit commun, non, car ils n'ont pas contracté avec lui. Pourront-ils intenter l'action que la loi donne aux ouvriers employés par l'entrepreneur contre le propriétaire? Non, car ils ne sont pas employés par l'entrepreneur, ils sont employés par des sous-traitants, qui, de leur côté, n'ont pas contracté avec la compagnie; de sorte que l'article 1798 est inapplicable(1). Il y a des compagnies qui stipulent, dans leurs cahiers des charges, que l'entrepreneur sera tenu d'exécuter les engagements de ses sous-traitants envers les ouvriers, et tous tiers en général. Cette clause est valable; donne-t-elle action contre l'entrepreneur aux tiers qui ne sont pas ouvriers, tels que les fournisseurs de matériaux? La validité de la clause n'est pas douteuse. On a objecté que c'était une stipulation pour un tiers, et nulle à ce

(1) La cour de cassation semble donner action aux ouvriers qui contractent avec un sous-traitant, contre l'entrepreneur général. Cassation, 27 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 187).

titre. C'est oublier que l'article 1121 fait exception à l'article 1119, et l'exception s'applique à la clause litigieuse. On peut stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. Or, la compagnie stipule pour elle-même, et elle a un intérêt à stipuler pour les ouvriers; en leur donnant une action contre l'entrepreneur, elle assure le payement de leurs salaires; les ouvriers deviennent créanciers personnels de l'entrepreneur, et, à ce titre, ils peuvent même agir contre la compagnie. C'est le moyen de se procurer de bons ouvriers. A qui profite la clause? Cela dépend des termes du cahier des charges. Dans une espèce jugée par la cour de cassation, le contrat stipulait en faveur des ouvriers et des tiers, donc en faveur de tous ceux qui traitent avec les sous-entrepreneurs pour les travaux dont ils sont chargés, par conséquent les fournisseurs, qui ne profitent pas de l'action de l'article 1798 (1).

Reste à savoir quand il y a stipulation au profit des tiers. Le cahier des charges interdit parfois aux entrepreneurs de faire des sous-traités. Si le contrat ajoute que les entrepreneurs seront personnellement responsables, en cas de violation de cette clause, tant envers la compagnie qu'envers les ouvriers et les tiers, il en résulte une stipulation au profit de ceux-ci; car la responsabilité qui est imposée aux entrepreneurs en faveur des ouvriers a pour effet de donner une action aux tiers contre les entrepreneurs; cette action ne peut être qu'une action en payement de ce qui leur est dû, dans le cas où les sous-traitants ne payent point; il y a donc stipulation au profit des tiers, et, par suite, l'article 1121 reçoit son application (2). En est-il de même si le cahier des charges interdit aux entrepreneurs de prendre des sous-traitants sans les déclarer responsables à l'égard des tiers? La clause a été interprétée ainsi, et la cour de cassation a confirmé l'interprétation en rejetant le pourvoi (3). L'interprétation

(1) Rejet, 28 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 1, 108).
(2) Cassation, 7 février 1866 (Dalloz, 1866, 1, 83).
(3) Rejet, 2 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 1, 108). Comparez Rejet, 17 juin 1846 (Dalloz, 1846, 1, 334).

nous paraît forcée. Quand la compagnie interdit les sous-traités, elle stipule dans son intérêt; elle veut que les entrepreneurs traitent directement avec les ouvriers, afin d'avoir une garantie du bon choix de ces ouvriers; elle ne stipule rien en faveur des ouvriers avec lesquels, au mépris de cette clause, les sous-traitants contractent. Il faut recourir à des présomptions pour en tirer cette induction. Les arrêts de rejet prononcés par la cour de cassation ne peuvent pas être considérés comme une approbation des arrêts attaqués; si la chambre des requêtes rejette le pourvoi, c'est que les cours d'appel ont un pouvoir souverain d'apprécier les conventions; l'interprétation qu'elles sanctionnent est à l'abri de toute censure.

TROISIÈME PARTIE. — DU BAIL A CHEPTEL.

83. « Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles » (art. 1800). L'article 1711 dit, dans le même sens, que « le bail à cheptel est celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie. » Cette définition est moins exacte que celle de l'article 1800. Tout bail ayant pour objet des animaux n'est pas un cheptel, comme semble le dire l'article 1711; le texte même du code dit le contraire; aux termes de l'article 1831, lorsqu'une ou plusieurs vaches sont données pour les loger et les nourrir, ce contrat est improprement appelé cheptel. Pourquoi? Parce qu'il a pour objet des animaux isolés, ce qu'en droit on appelle des corps certains; tandis que le caractère distinctif du cheptel est d'avoir pour objet un *fonds de bétail,* comme le dit l'article 1800, c'est-à-dire une collection d'animaux, ce que, dans le langage de l'école, on appelle une universalité.

La définition de l'article 1800 diffère encore sous un autre rapport de celle de l'article 1711. Celui-ci parle d'un partage du profit; ce caractère ne se rencontre pas dans tous les cheptels; dans le cheptel de fer, les profits ne sont pas partagés (art. 1823). Il valait donc mieux dire, comme le fait l'article 1800, que les avantages retirés par le bailleur, de même que toutes les conditions du contrat, dépendent des stipulations que les parties jugent convenables (1).

Les mots *sous les conditions convenues entre elles* semblent dire que les parties sont libres de faire telles stipulations qu'elles veulent. Cela paraît aussi résulter de l'article 1803, qui porte : « A défaut de conventions particulières, les contrats de cheptel se règlent par les principes qui suivent. » Tel est, en effet, le droit commun; toutefois le code y déroge, comme nous le dirons plus loin, en faveur des chepteliers; il prohibe certaines clauses qui leur seraient trop désavantageuses. Les économistes remarquent qu'il n'y a pas de condition plus misérable que celle des chepteliers; l'ignorance et la misère les mettent à la merci du bailleur; ils se soumettent à toutes les clauses, sauf à ne pas les exécuter quand ils se trouvent dans l'impossibilité de satisfaire aux nécessités de la vie. Le législateur a stipulé pour les malheureux qui n'ont réellement pas la liberté ni l'intelligence suffisante pour veiller à leurs intérêts (2).

Le mot *cheptel,* qui désigne le contrat, vient, dans l'opinion commune, de la latinité du moyen âge; il désignait toute espèce d'effets mobiliers et, notamment, des bestiaux. D'autres le dérivent du mot *capitale,* pris dans une autre acception, pour désigner la première estimation que le bailleur et le preneur font du bétail, et qui forme le *capital* dont le fermier est chargé. Enfin il y en a qui font remonter le bail à cheptel jusque dans les temps celtiques, et disent que le mot *chatal,* dans la langue des Celtes, signifiait un troupeau (3).

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 370, n° 253 *bis* I.
(2) Duvergier. t. II, p. 437, n° 390.
(3) Mourlon. t. III, p. 336, n° 833. Duvergier, t. II, p. 434, note 2. Demante, t. VII, p. 369, n° 253.

84. L'article 1802 dit que « l'on peut donner à cheptel toute espèce d'animaux susceptibles de croît ou de profit pour l'agriculture ou le commerce ». Cette disposition déroge à une doctrine de l'ancien droit que Pothier reproduit. Le cheptel simple des porcs était prohibé, parce que leur nourriture est coûteuse et que le profit se borne au croît. Ce profit était considéré comme insuffisant pour indemniser le cheptelier de ses dépenses et des risques qu'il court. C'était une de ces conventions que l'on prohibait comme étant trop onéreuses pour le preneur. Les conditions économiques ont changé depuis le dix-huitième siècle ; par suite de la cherté croissante des denrées alimentaires, l'élève des porcs peut présenter des avantages au cheptelier ; il n'y avait donc pas de raison de prohiber le contrat *a priori* ; déjà, dans l'ancien droit, la question était douteuse. Le code a tranché la controverse conformément au principe de la liberté des conventions (1).

85. L'article 1801 porte : « Il y a plusieurs sortes de cheptels : le cheptel simple ou ordinaire, le cheptel à moitié, le cheptel donné au fermier ou au colon partiaire. Il y a encore une quatrième espèce de contrat improprement appelée cheptel. » Ces divers contrats diffèrent beaucoup entre eux, de là une difficulté de classification ; les contrats de cheptel sont-ils tous des contrats de louage? Le rapporteur du Tribunat répond que le cheptel est un bail de choses, puisqu'il a pour objet des animaux. Il participe du bail à ferme, en ce que les animaux produisent des fruits naturels. Il participe aussi du bail d'ouvrage, en ce qu'il a pour objet en partie les soins que le preneur est tenu de donner aux animaux pour les nourrir et les élever. Enfin, dit Mouricault, le cheptel devient un vrai contrat de société quand le troupeau est fourni moitié par le bailleur et moitié par le preneur. Cela est trop absolu ; nous y reviendrons en traitant du cheptel à moitié.

(1) Pothier, *Traité des cheptels*, n° 21. Colmet de Santerre, t. VII, p. 371, n° 255 *bis*.

CHAPITRE PREMIER.

DU CHEPTEL SIMPLE.

§ Ier. *Notions générales.*

86. « Le bail à cheptel simple est un contrat par lequel on donne à un autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner, à condition que le preneur profitera de la moitié du croît et qu'il supportera aussi la moitié de la perte » (art. 1804). Tous les auteurs remarquent que la définition de l'article 1804 est incomplète : le cheptelier profite non-seulement de la moitié du croît, mais encore de la moitié de la laine ; et il a un droit exclusif au laitage, au fumier et au travail des animaux (art. 1811). D'un autre côté, la définition est inexacte en disant que le preneur supporte la moitié de la perte ; cela n'est vrai que de la perte partielle ; la perte totale est pour le bailleur, et on ne peut pas même stipuler que le cheptelier supportera la perte totale du cheptel, quoique arrivée par cas fortuit et sans sa faute. Nous reviendrons sur tous ces points.

87. Le cheptel simple est-il un louage ou une société? Pothier dit qu'on peut le considérer comme un contrat de société de bestiaux ; mais, pour y trouver une société, il est obligé de recourir à une fiction. Ce sont les bestiaux qui forment le fonds social ; or, le bailleur seul les fournit ; mais, dit Pothier, il est censé les fournir tant pour lui que pour le preneur, la moitié pour lui en son nom et l'autre moitié pour le preneur, à qui il en fait l'avance. Dans cette théorie, le preneur devient propriétaire du cheptel pour moitié. Le code n'a pas consacré cette fiction, il s'en tient à la réalité des choses ; c'est le bailleur qui fournit seul le cheptel, et il en conserve la propriété (arti-

cle 1805). Il n'y a donc pas de fonds commun, donc pas de société; il n'y a qu'un élément social, en ce que les parties partagent les bénéfices et les pertes; mais cet élément même fait défaut pour les laitages, le fumier et le travail des animaux. Il faut donc dire, avec le rapporteur du Tribunat, que l'élément de société n'est que secondaire. Le contrat principal est un bail, une sorte de louage de service; le preneur loue ses services pour la garde, la nourriture et les soins qu'il donne au cheptel du bailleur; le prix du bail consiste dans les menus profits que nous venons d'énumérer; la moitié du croît est un supplément du prix (1).

88. Nous disons que le bailleur conserve la propriété du cheptel. Cela résulte de l'article 1805, qui porte : « L'estimation donnée au cheptel dans le bail n'en transporte pas la propriété au preneur; elle n'a d'autre objet que de fixer la perte ou le profit qui pourra se trouver à l'expiration du bail. » On dit d'ordinaire que l'estimation vaut vente; cela n'est vrai que si tel est l'intérêt et, partant, la volonté des parties contractantes; or, dans le contrat de cheptel, celui qui reçoit les animaux a intérêt à ne pas devenir propriétaire, car, s'il le devenait, il supporterait la perte du cheptel. Le bailleur a, il est vrai, un intérêt contraire; mais à quoi lui servirait l'action qu'il aurait contre le cheptelier en cas de perte, puisque la condition misérable du preneur ne lui permettrait pas de payer l'estimation? Si l'on fait une estimation, ce n'est pas pour vendre le cheptel, c'est pour déterminer le bénéfice ou la perte qui se trouveront à la fin du bail, en comparant la valeur fixée au contrat avec celle qui est faite lorsque le contrat finit. Le cheptel est estimé 1,000 francs; il vaut 1,200 francs à la fin du bail; il y a un gain de 200 francs à partager; s'il ne vaut plus que 800 francs, les parties partageront la perte de 200 francs (2).

89. Du principe que le bailleur reste propriétaire et

(1) Pothier, *Traité des cheptels*, nos 2 et 3. Mouricault, Rapport, no 21 (Locré, t. VII, p. 208).

(2) Duranton, t. XVII, p. 262, no 270, et tous les auteurs.

que le preneur est chargé de la garde des bestiaux (articles 1805 et 1804) suit que le cheptelier est débiteur d'un corps certain, des bestiaux qui lui sont livrés et que, par suite, il doit les conserver avec les soins d'un bon père de famille (art. 1806). C'est l'application de la règle établie par l'article 1137 : le cheptelier répond de la faute légère. Il ne répond pas du cas fortuit; la raison en est qu'il remplit son obligation en conservant le cheptel avec les soins d'un bon père de famille; il est donc libéré de son obligation de restitution quand le cheptel vient à périr par cas fortuit. C'est l'application du principe de l'article 1302. Il est inutile d'invoquer l'adage que la chose périt pour le propriétaire; nous avons dit bien des fois que cet adage ne reçoit pas son application lorsque la chose qui périt fait l'objet d'une obligation. L'article 1807 en fournit une nouvelle preuve; si le cas fortuit a été précédé de quelque faute du cheptelier, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée, il en sera responsable; il sera donc tenu de la perte, quoiqu'il ne soit pas propriétaire. La raison en est toujours dans le principe de l'article 1302 : débiteur d'un corps certain, le cheptelier est tenu de la perte qui arrive par sa faute; or, quand le cas fortuit a été précédé d'une faute, il est imputable au preneur, donc le preneur en doit répondre.

Reste à savoir qui doit prouver le cas fortuit et la faute. L'article 1808 répond : « En cas de contestation, le preneur est tenu de prouver le cas fortuit et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur. » C'est l'application des principes qui régissent la preuve. L'article 1302 applique ces principes au cas de la perte du corps certain qui fait l'objet d'une obligation : « le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue. » Or, le cheptelier est débiteur des bestiaux qu'il doit restituer à la fin du bail; s'il ne les restitue pas, il doit prouver le cas fortuit qui l'en empêche et qui le libère. Quand cette preuve est faite, l'obligation du cheptelier est éteinte, conformément à l'article 1302. Mais le bailleur est admis à prouver que le cas fortuit a été amené par une faute du preneur et que, par suite, celui-ci est responsable de la

perte. Cette exception le constitue demandeur ; il est, par conséquent, tenu de la prouver (art. 1315) (1).

L'ancienne jurisprudence s'était écartée de ces principes ; elle mettait la preuve de la négligence du cheptelier à la charge du bailleur, et s'il ne parvenait pas à la faire, le cheptelier était déchargé (2). C'était sans doute par des considérations d'équité que les juges se prononçaient en faveur des misérables chepteliers, mais le droit ne peut pas céder à la compassion ; voilà pourquoi les auteurs du code ont cru devoir rappeler les vrais principes qu'ils avaient déjà sanctionnés dans les articles 1732 et 1733.

90. Quand on dit que le cas fortuit libère le débiteur d'un corps certain, on suppose que la perte est totale. S'il en reste quelque chose, il va sans dire que le propriétaire y a droit, puisque c'est sa chose qui périt. L'article 1809 applique ce principe au cheptelier : quoique déchargé par le cas fortuit, il est tenu de rendre compte des peaux des bêtes. La loi ne dit pas que le preneur doit les restituer, parce qu'il se peut que la restitution soit impossible ; tels seraient les cas où les animaux auraient été volés ou auraient péri dans un incendie, ou seraient morts d'une maladie contagieuse ; dans ce dernier cas, les animaux sont enfouis par mesure de police.

91. En quel sens le preneur est-il déchargé par le cas fortuit ? L'article 1810 distingue : « Si le cheptel périt en entier sans la faute du preneur, la perte en est pour le bailleur. S'il n'en périt qu'une partie, la perte est supportée en commun, d'après le prix de l'estimation originaire et celui de l'estimation à la fin du cheptel. » Pourquoi le cheptelier supporte-t-il la perte partielle, tandis qu'il ne supporte pas la perte totale ? Tous les auteurs critiquent cette disposition. Elle déroge à la doctrine de Pothier, qui enseignait que le preneur et le bailleur devaient toujours supporter la perte en commun, qu'elle fût partielle ou totale. Ce système était plus logique que celui du code ;

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 373, n° 261 *bis*.
(2) Comparez Duranton, t. XVII, p. 264, n° 272.

il n'y a aucun motif juridique de la distinction qu'il fait entre la perte totale et la perte partielle; on peut tout au plus l'expliquer par une considération d'équité; mais l'équité et la justice demandent plus, elles sont en faveur d'une troisième opinion que l'on soutenait dans l'ancien droit. Le code qualifie le cheptel simple de bail; il faut donc appliquer, en cas de perte, les principes qui régissent le louage des choses. Or, le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée (art. 1741), sauf l'action du bailleur contre le preneur si celui-ci est en faute; et si la chose louée n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander la résiliation du bail ou une diminution du prix. Ainsi, dans aucune hypothèse, la perte n'est à charge du preneur. Pourquoi en est-il autrement dans le cheptel? On en chercherait vainement la raison. Le système du code est même très-dangereux; si le cheptel menace de périr pour la plus grande partie, le preneur est intéressé à ne pas sauver les bêtes qu'il pourrait sauver; il a intérêt à ce que la perte soit totale, parce que, dans ce cas, elle est pour le bailleur (1).

92. Quand la perte est-elle totale? Il faut appliquer les principes qui régissent les universalités. C'est un troupeau qui fait l'objet du contrat, ce ne sont pas des têtes considérées individuellement. De là suit que la perte est totale, quand même il reste quelques têtes, si ces têtes ne suffisent pas pour constituer un troupeau. Combien faut-il de têtes pour qu'il y ait un troupeau? La loi ne le dit pas, c'est aux juges de décider la question en consultant les usages (2).

93. Quand la perte est totale, le contrat est résolu; le bailleur ne peut réclamer aucune indemnité, quand même il y aurait eu, avant la perte, un partage du croît. On peut objecter que le preneur n'a droit au croît qu'à titre de profit; or, il n'y a plus de profit quand tout le troupeau vient à périr. Cette interprétation serait trop rigoureuse; la loi dit en termes absolus que la perte totale est pour le

(1) Duranton, t. XVII, p. 267, n° 274, et tous les auteurs.
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 375, n° 263 *bis* II.

bailleur ; c'est dire que celui-ci n'a aucune action contre le cheptelier.

Lorsque la perte est partielle, le contrat subsiste ; le preneur perdra une partie de sa jouissance, et il devra néanmoins indemniser le bailleur d'une moitié de la perte. Mais l'estimation de la perte ne se fait qu'à la fin du bail ; si, à cette époque, le troupeau est reconstitué, il n'y aura pas de perte ; partant, le preneur ne devra aucune indemnité au bailleur (1).

§ II. *Des clauses prohibées.*

94. « On ne peut stipuler que le preneur supportera la perte totale du cheptel, quoique arrivée par cas fortuit et sans sa faute » (art. 1811). C'est une dérogation au droit commun ; l'article 1772 permet de stipuler que le preneur sera chargé des cas fortuits ; dans ce cas, le contrat est aléatoire, et naturellement le preneur stipule de son côté des avantages qui compensent les chances de perte auxquelles il s'expose. Pourquoi la loi défend-elle au cheptelier ce qu'elle permet au fermier ? Nous en avons dit la raison ; elle veut prémunir les chepteliers contre leur ignorance et leur misère.

L'article 1811 défend encore de stipuler « que le preneur supportera dans la perte une part plus grande que dans le profit. » Et, par suite, elle prohibe aussi la clause qui autoriserait le bailleur « à prélever, à la fin du bail, quelque chose de plus que le cheptel qu'il a fourni. Ce prélèvement se ferait sur le croît ; et, par conséquent, le cheptelier ne profiterait plus de la moitié du bénéfice, tandis qu'il supporterait toujours la moitié de la perte. Cette inégalité vicie un contrat dans lequel l'une des parties, à raison de sa situation dépendante, se trouve à la merci de l'autre.

La loi prohibe la clause qui ferait supporter au preneur dans la perte une part plus grande que celle qu'il a dans

(1) Marcadé, t. VI, p. 548. n° II de l'article 1810. Colmet de Santerre, t. VII, p. 375, n° 263 *bis* III.

le profit. Elle veut donc une égalité proportionnelle. De là suit que les parties pourraient convenir que le chepte-lier n'aura qu'un tiers dans les bénéfices et qu'il ne supportera qu'un tiers dans la perte. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Delvincourt, auquel on ne doit pas s'arrêter. Par cela seul que la convention n'est pas prohibée, elle est permise; d'ailleurs elle est en harmonie avec l'esprit de la loi, puisque l'égalité proportionnelle est respectée (1).

95. L'article 1811 sanctionne ces prohibitions par la peine de nullité : « Toute convention semblable est nulle. » En quel sens y a-t-il nullité? Est-ce seulement la clause qui est nulle, ou le contrat de cheptel est-il nul? Le texte décide la difficulté : c'est la clause que la loi annule, elle maintient donc le contrat. On objecte que la clause prohibée est une condition du bail et que la nullité de la condition rend nulle la convention qui en dépend (art. 1172). Il en serait ainsi si réellement la clause, dans l'intention des parties contractantes, formait une condition du contrat; mais la loi ne la considère pas ainsi; ce serait donc par dérogation à la loi que la clause vicierait le contrat même, il faudrait que le cheptelier prouvât que telle a été la volonté des parties. Dans le silence du contrat, le cheptelier ne peut pas en demander la nullité à raison des clauses prohibées qu'il contient. Quelle sera donc la conséquence de la nullité? Ce qui est nul ne produit aucun effet; donc les clauses prohibées seront censées n'avoir pas été stipulées et, par suite, les parties resteront sous l'empire des règles formulées par le code civil (2).

96. L'article 1811 ajoute : « Le preneur profite seul des laitages, du fumier et du travail des animaux donnés à cheptel. La laine et le croît se partagent. » On demande si les parties peuvent déroger à ces dernières dispositions de l'article 1811. Il n'y a pas de doute quant au croît (n° 94), ni, par conséquent, pour la laine; ce sont des bénéfices qui se partagent, en général, par moitié, parce

(1) Duvergier, t. II, p. 450, n° 405.
(2) Marcadé, t. VI, p. 552, n° II de l'article 1811. Comparez Duranton, t. XVII, p. 276, n° 279.

que le preneur supporte aussi la moitié de la perte; mais les parties peuvent déroger à la proportion, pourvu que l'égalité soit toujours observée. Le doute existe pour les petits profits que le code attribue au cheptelier, le laitage, le fumier, le travail des animaux. Dans l'ancien droit, on considérait toute clause dérogatoire comme inique, c'est-à-dire comme nulle. Pothier dit : « Il y aurait pareillement iniquité dans le contrat de cheptel si on retranchait au preneur quelque chose des profits de laitage, fumiers et labeurs des bêtes, profits qui lui sont accordés par les coutumes pour les frais de nourriture et de garde. Selon ce principe, les clauses par lesquelles le bailleur stipule que le preneur lui donnera une certaine quantité de fromages, ou de livres de beurre, ou quelques charretées de fumier, sont des clauses illicites (1). » Le code a-t-il maintenu la tradition? La question est controversée; à notre avis, le texte de l'article 1811 la décide. Il énumère les clauses qu'il frappe de nullité. Puis la loi traite des droits du cheptelier; il n'est plus question de clauses prohibées. On reste donc sous l'empire du droit commun; or, le droit commun, en matière de contrats, c'est la liberté; les parties contractantes peuvent déroger aux dispositions du code, parce que le code ne leur impose pas les règles qu'il établit, il prévoit seulement ce que les parties veulent, et leur permet, par conséquent, de vouloir autre chose que ce que la loi dit. Dans le contrat de cheptel, la loi déroge à ce principe, mais, par cela même, ces dérogations sont de la plus rigoureuse interprétation; on ne peut admettre d'autres prohibitions que celles que la loi établit. Cela décide la question. Vainement dit-on que la rédaction de l'article 1811 implique une prohibition. Il est vrai qu'aux termes de l'article 1811 le preneur profite *seul* des laitages, du fumier et du travail des animaux; mais cela ne veut pas dire qu'il soit défendu aux parties de donner une part au bailleur dans ces profits; le mot *seul* doit être combiné avec la disposition qui suit et qui porte que la laine et le croît *se partagent*; en d'autres ter-

(1) Pothier, *Traité des cheptels*, n° 26.

mes, il y a des profits que les deux parties partagent, et il y en a d'autres qui appartiennent au cheptelier ; la loi permet de déroger au partage par moitié : pourquoi défendrait-elle de déroger au droit exclusif du preneur? Le texte, en tout cas, ne s'y oppose pas ; or, ce qui, en cette matière, n'est pas défendu, est par cela même permis. On fait encore d'autres objections auxquelles nous croyons inutile de nous arrêter, parce qu'il y a été répondu, et, à notre avis, d'une manière péremptoire (1).

§ III. *Droits des parties.*

97. « Le preneur ne peut disposer d'aucune bête du troupeau, soit du fonds, soit du croît, sans le consentement du bailleur, qui ne peut lui-même en disposer sans le consentement du preneur » (art. 1812). Que le preneur ne puisse pas disposer d'une bête du fonds, cela va sans dire : le troupeau reste la propriété du bailleur, le preneur est obligé de le garder et de le conserver, pour le restituer à la fin du bail ; il n'a donc aucun titre pour en disposer. Quant au croît, le cheptelier en profite pour moitié, mais ce droit ne se réalise que par le partage ; jusque-là le preneur n'a qu'un droit de copropriété ; or, le communiste ne peut pas vendre la chose commune. Il y a encore une raison particulière au cheptel qui s'oppose à ce que le preneur puisse disposer d'une tête du croît, c'est qu'il n'y a qu'un droit éventuel ; ce n'est qu'à la fin du bail que l'on saura s'il y a croît, c'est-à-dire s'il y a un bénéfice à partager ; le preneur ne peut donc pas disposer de la chose pendant la durée du bail, car il se peut qu'il n'y ait aucun droit.

La loi défend aussi au bailleur de disposer du croît, quoiqu'il y ait, en tout cas, un droit éventuel, soit comme bénéfice, soit comme fonds. Mais il y a toujours une raison qui s'oppose à l'aliénation des têtes du croît, c'est que

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 377, n° 265 *bis*. En sens contraire, Marcadé, t. VI. p. 550, n° I de l'article 1811, qui ne manque pas de qualifier d'erreur l'opinion contraire de Duvergier (t. II, n° 408) et d'Aubry et Rau (t. IV, p. 539, note 4). Nous devons ajouter que les éditeurs de Zachariæ ont abandonné leur première opinion.

le preneur y a un droit éventuel à titre de bénéfice; la loi ne veut pas que le bailleur compromette le droit du preneur en disposant du croît; si réellement le croît forme un profit, le bailleur disposerait de ce qui ne lui appartient pas. Il y a cependant en un certain sens dérogation au droit commun. Le communiste peut aliéner son droit indivis, il peut même aliéner la chose sur laquelle il a un droit indivis, sauf que la validité de l'aliénation dépendra du partage. Si la loi refuse ce droit au bailleur, c'est pour prévenir les difficultés auxquelles l'aliénation donnerait lieu. Nous allons voir quelles sont ces difficultés dans le cas où l'une des parties aliénerait des têtes du fonds ou du croît, malgré la prohibition du code.

98. Le preneur dispose d'une tête du troupeau sans le consentement du bailleur : celui-ci pourra-t-il revendiquer la chose contre l'acquéreur? Non, si l'acheteur est de bonne foi; c'est l'application du principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279). Les meubles ne se revendiquent pas contre un possesseur de bonne foi, à moins qu'il ne s'agisse de choses volées; or, le fait du preneur de vendre une tête du troupeau n'est pas un vol: cela est décisif. Certaines coutumes avaient une disposition contraire; comme ce droit de revendication compromettait l'intérêt des tiers, qui est un intérêt général, un édit de 1713 prescrivit la publicité des contrats de cheptel par une publication au prône, afin d'avertir les tiers du danger qui les menaçait en traitant avec les chepteliers. Le code n'ayant reproduit ni l'exception ni la disposition de l'édit, il en faut conclure que les parties intéressées restent sous l'empire du droit commun (1).

99. Quand c'est le bailleur qui dispose d'une tête du troupeau, la question se complique. Il faut d'abord distinguer si la tête aliénée appartient au fonds ou au croît. Si le bailleur dispose d'une tête du fonds, et s'il la livre à l'acheteur, il est certain que celui-ci est à l'abri de toute revendication; en effet, le preneur n'est pas propriétaire,

(1) Duvergier, t. II, p. 456, n° 414. Colmet de Santerre, t. VII, p. 378, n° 266 *bis* I.

il n'a donc aucune action contre le tiers acquéreur. S'il agissait, le défendeur aurait deux exceptions pour le repousser : d'abord le demandeur n'a ni propriété ni droit réel sur la chose, puis en fait de meubles, la possession vaut titre. Cela suppose que l'acheteur est de bonne foi. Que faut-il décider s'il a connaissance du cheptel? Il ne peut plus invoquer la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Peut-il repousser l'action par la raison que le preneur n'est pas propriétaire? D'après le droit commun, il le pourrait. Le code déroge au droit commun dans le cas où le bailleur vend l'immeuble loué; l'acheteur doit respecter le bail. Cette disposition s'applique-t-elle au cheptelier? La négative nous paraît certaine. C'est une exception, donc elle ne peut être étendue à des cas que la loi ne prévoit point. Vainement dit-on qu'il est raisonnable de l'appliquer par analogie, l'analogie ne suffit point pour étendre des dispositions exceptionnelles, et d'ailleurs les motifs ne sont pas identiques; l'intérêt de l'agriculture, qui explique la dérogation de l'article 1743, ne peut guère être invoqué par le cheptelier; il y a du moins une différence, et elle est considérable. Toutefois la plupart des auteurs se prononcent pour l'application de l'article 1743 (1).

La même difficulté se présente quand le bailleur a aliéné les têtes du cheptel sans les avoir livrées. Dans ce cas, l'article 2279 est hors de cause. Reste à savoir si le cheptelier peut se prévaloir de l'article 1743 pour maintenir son bail contre l'acquéreur. Dans l'opinion générale, il a ce droit.

100. L'aliénation du croît soulève une autre difficulté. Le croît forme une copropriété indivise; celui des copropriétaires qui aliène une tête vend donc la chose d'autrui pour ce qui concerne la part de son copropriétaire. Celui-ci peut-il revendiquer en vertu de son droit de copropriété? Non, si l'acheteur est de bonne foi : s'il est de mauvaise foi, le copropriétaire qui n'a pas consenti à la vente pourra

(1) Voyez les citations dans Marcadé, t. VI, p. 554, n° II de l'article 1811. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VII, p. 379, n° 266 *bis* III.

agir contre l'acquéreur afin de conserver son droit. Si la chose n'avait pas été livrée à l'acheteur, le copropriétaire qui n'a pas consenti à la vente pourrait demander la nullité de la vente, afin d'empêcher une tradition qui compromet son droit (1).

101. L'article 1812, en disant qu'aucune des parties contractantes ne peut vendre des bêtes du troupeau sans le consentement de l'autre, dit, en d'autres termes, que le consentement des deux parties est nécessaire pour que la vente puisse se faire. De là suit que si l'une des parties propose de vendre et que l'autre refuse, la vente ne pourra pas avoir lieu. On admet cependant généralement que, dans ce cas, la partie qui veut vendre peut s'adresser à la justice qui pourra ordonner la vente si elle est avantageuse. C'était l'opinion de Pothier. Il suppose que les bêtes sont vieilles et qu'il soit de l'intérêt commun de les vendre pour les remplacer par de jeunes têtes; le cheptelier propose de les vendre; le bailleur refuse; le preneur pourra alors l'assigner pour faire ordonner la vente par la justice. Pothier accorde même au cheptelier une action en dommages-intérêts contre le bailleur, si celui-ci, par son refus, avait laissé passer le temps de la vente (2). La plupart des auteurs modernes reproduisent cette doctrine (3); elle nous paraît très-douteuse. La tradition n'a aucune autorité en cette matière, puisque les auteurs du code ne l'ont pas reproduite; on ne pourrait l'admettre que si elle résultait des principes; elle est au contraire en opposition avec un principe fondamental de notre droit. Nul ne peut être forcé de vendre; or, le bailleur est propriétaire du troupeau, et les deux parties ont une propriété indivise du croît; aucune d'elles ne peut donc être forcée par l'autre à vendre des têtes du troupeau; et on ne conçoit pas que la justice contraigne le bailleur à vendre ce qui lui appartient, ni le preneur à consentir à la vente, alors qu'il ne lui plaît pas de vendre. Il faudrait pour cela une disposition formelle de la loi;

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 380, n° 266 *bis* V.
(2) Pothier. *Traité des cheptels*, n° 36.
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 539, note 6, § 375.

or, la loi dit plutôt le contraire. Cela est décisif (1).

102. Quels sont les droits des créanciers du bailleur et du preneur sur le cheptel? Peuvent-ils le saisir? Pothier enseignait que les créanciers du bailleur pouvaient saisir le troupeau; la raison en est simple; le cheptel est la propriété du bailleur, et les créanciers peuvent saisir tous les biens de leur débiteur. Il est vrai que le bailleur s'est obligé à faire jouir le preneur du troupeau, mais le contrat n'engendre qu'un lien personnel entre les parties; le preneur n'acquiert aucun droit dans la chose, et il ne peut opposer son droit de créance aux acheteurs qui acquièrent la propriété par la vente que le bailleur leur fait (2). Cette opinion doit-elle encore être suivie sous l'empire du code civil? Les auteurs disent que l'article 1743 déroge à l'ancien droit. Nous avons répondu d'avance à l'objection. La disposition de l'article 1743 est tout à fait exceptionnelle; elle ne parle que du bail des immeubles, on ne peut donc pas l'étendre au bail à cheptel. Duranton a un autre argument, que Duvergier trouve très-ingénieux. Le preneur peut dire aux tiers acquéreurs : Ou reconnaissez l'existence du bail, ou je vous oppose la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Le tiers acquéreur répondra : Je reconnais le bail, mais je ne suis pas tenu de le respecter, parce qu'il ne donne aucun droit réel au preneur. C'est donc toujours à l'article 1743 qu'il en faut revenir; donne-t-il un droit réel au preneur? Non. Permet-il à tout preneur d'opposer son bail à l'acquéreur? Non. Donc on reste sous l'empire du droit commun (3).

Quant aux créanciers du preneur, il est certain qu'ils ne peuvent pas saisir le fonds du cheptel, puisque le cheptel n'appartient pas à leur débiteur; s'ils le saisissaient, le bailleur pourrait s'opposer à la vente. C'est le droit commun (code de proc., art. 608). Il n'y a de difficulté que pour le croît. Les deux parties y ont un droit éventuel,

(1) C'est l'opinion de Troplong, n° 1140.
(2) Pothier, *Traité des cheptels*, n° 68.
(3) Duranton. t. XVII, p. 280, n° 281. Duvergier, t. II, p. 458, n° 416. Colmet de Santerre, t. VII, p. 380, n° 266 *bis* VI.

puisqu'il se partage entre le bailleur et le preneur. Les créanciers du preneur peuvent donc le saisir, sauf au bailleur à former une demande en distraction. Dans ce cas, les parties devront procéder au partage, et la saisie sera limitée aux têtes tombées au lot du preneur (1).

103. Le cheptel peut être donné au fermier d'autrui. On demande si, dans ce cas, le propriétaire de la ferme peut le saisir? L'affirmative est certaine, car le troupeau garnit la ferme, et le propriétaire a un privilége sur tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme (art. 2102, et art. 20 de la loi hypothécaire). Toutefois la loi donne au propriétaire du cheptel un moyen de sauvegarder son droit de propriété; l'article 1813 porte : « Lorsque le cheptel est donné au fermier d'autrui, il doit être notifié au propriétaire de qui ce fermier tient; sans quoi il peut le saisir et le faire vendre pour ce que son fermier lui doit. » En principe, le propriétaire exerce son privilége sur ce qui garnit la ferme et sur ce qui sert à son exploitation, alors même que les choses qui lui servent de gage ne seraient pas la propriété du fermier; toutefois le privilége cède devant la propriété, sous les conditions déterminées par la loi. D'après notre loi hypothécaire, le vendeur non payé est préféré au bailleur, pourvu qu'il ait fait connaître son droit au bailleur, lors du transport des meubles dans les lieux loués (art. 23). Par application du même principe, l'article 1813 donne la préférence au propriétaire du cheptel, à condition qu'il ait notifié son contrat au propriétaire de la ferme. Le code n'exige pas que cette notification se fasse lors du transport des bestiaux dans la ferme; il a cependant été jugé qu'elle ne pourrait plus se faire après ce transport. Dès que le cheptel est introduit dans la ferme, il est frappé du privilége, le bailleur a un droit réel sur les bestiaux, et ce droit ne peut pas lui être enlevé par le propriétaire du cheptel (2). Pour que celui-ci puisse le saisir, il faut une notification; il ne suffirait pas que le propriétaire de la ferme eût connaissance du cheptel

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 381, n° 267 *bis* II.
(2) Rejet, 9 août 1815 (Dalloz, au mot *Louage à cheptel*, n° 46).

par une autre voie (1). Faut-il que la notification soit faite par acte d'huissier? C'est le plus prudent; toutefois la loi ne prescrit pas de *signification*, et le mot *notification* peut s'entendre de tout écrit par lequel le propriétaire du cheptel a fait connaître son droit au propriétaire de la ferme; et si l'on admet que cela peut se faire par lettre, il faut admettre aussi qu'une communication verbale serait suffisante. La jurisprudence va plus loin; elle se contente de la connaissance quelconque que le propriétaire aurait acquise du cheptel (2). C'est dépasser la loi; or, en matière de privilége, tout est de rigoureuse interprétation.

104. « Le preneur ne pourra tondre sans en prévenir le bailleur » (art. 1814). C'est une sanction du droit que l'article 1811 accorde au bailleur; il prend la moitié de la laine; le législateur a craint que, si la tonte se faisait à l'insu du propriétaire, le cheptelier ne se laissât entraîner à l'infidélité. La crainte est malheureusement justifiée par l'ignorance qui règne dans les classes inférieures, et l'ignorance obscurcit le sens moral.

§ IV. *Fin du cheptel.*

105. « S'il n'y a pas de temps fixé par la convention pour la durée du cheptel, il est censé fait pour trois ans » (art. 1815). C'est une disposition empruntée aux coutumes. Il en résulte que le bail à cheptel a toujours une durée fixe, soit en vertu de la convention, soit en vertu de la loi. C'est donc un bail fait par écrit, dans le langage du code, et par conséquent il cesse de plein droit à l'expiration du terme conventionnel ou légal, sans qu'il soit nécessaire de donner congé (art. 1737).

106. Y a-t-il lieu à tacite reconduction? L'affirmative n'est pas douteuse, puisque la tacite reconduction se fait par application des principes généraux de droit. Quand

(1) Duranton, t. XVII, p. 284, nº 284. Colmet de Santerre, t. VII, p. 381 nº 267 *bis* II. Comparez Marcadé, t. VI, p. 556, nº I de l'article 1813.
(2) Rejet, 7 mars 1843 (Dalloz, au mot *Louage à cheptel*, nº 47). Comparez Liége, 8 avril 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 154).

y aura-t-il tacite réconduction? D'après la coutume du Berri, elle s'opérait lorsqu'il s'écoulait quinze jours après l'expiration du bail sans que le partage eût été demandé; le code n'ayant pas reproduit cette disposition, il faut appliquer le droit commun; les tribunaux décideront, d'après les circonstances de la cause, si les parties ont entendu faire un nouveau bail. Quelle en sera la durée? Le bail à cheptel a, sous ce rapport, une grande analogie avec le bail à ferme; il a une durée légale ou conventionnelle; si, à l'expiration du terme fixé par la convention ou par la loi, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail sans écrit, c'est-à-dire sans terme conventionnel, donc pour le terme légal de trois ans (art. 1776 et 1815) (1). Ce dernier point est controversé (2). Nous croyons inutile de nous y arrêter, parce que les principes sont certains.

107. « Le bailleur peut demander la résolution du bail avant l'expiration du terme conventionnel ou légal, si le preneur ne remplit pas ses obligations » (art. 1816). C'est l'application de l'article 1184 qui sous-entend la condition résolutoire dans tous les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à ses engagements. L'article 1816 ne parle que du bailleur; il va sans dire que le preneur a le même droit; si la loi ne le dit pas, c'est que d'ordinaire ce sont les pauvres chepteliers qui sont expulsés pour avoir manqué à leurs engagements. La résolution doit être prononcée par le juge. De fait, le propriétaire renvoie les chepteliers dont il a à se plaindre, et leur condition est si misérable, qu'ils ne plaident guère. C'est la seule partie du code sur laquelle il n'y ait presque pas de jurisprudence.

108. « A la fin du bail ou lors de sa résolution, il se fait une nouvelle estimation du cheptel » (art. 1817). Cette estimation est nécessaire pour déterminer les droits des parties, soit qu'il y ait bénéfice, soit qu'il y ait perte.

(1) Duranton, t. XVII, p. 286, n° 286. Duvergier, t. II, p. 464, n^os^ 423 et 424. Colmet de Santerre, t. VII, p. 382, n° 269 *bis*.

(2) Voyez les opinions diverses dans Marcadé, t. VI, p. 557, n° I de l'article 1815.

Le bailleur commence par prélever des bêtes de chaque espèce, jusqu'à concurrence de la première estimation. D'après les termes de la loi, on pourrait croire que le prélèvement en nature est facultatif pour le bailleur, car l'article 1817 dit qu'il *peut* prélever. Ce n'est pas ainsi que la loi doit être entendue. Le bailleur reste propriétaire du cheptel qu'il fournit au preneur, malgré l'estimation portée au contrat (art. 1805); il suit de là qu'il reprend son troupeau, comme le bailleur, en général, reprend sa chose. Seulement le troupeau, à la différence des meubles et des immeubles, se renouvelle sans cesse par le croît, d'une part, et, d'autre part, par la mort ou par l'aliénation. C'est le troupeau comme universalité que le propriétaire reprend, et non les bêtes qu'il a livrées au cheptelier. Voilà pourquoi la reprise se fait jusqu'à concurrence de l'estimation primitive. Le troupeau peut augmenter ou diminuer, non-seulement quant au nombre des têtes, mais aussi quant à leur valeur; c'est le troupeau, considéré comme valeur, que le bailleur reprend en nature. Il y a là un mélange de droit réel et de droit de créance qui tient à la nature particulière de la chose : le troupeau se serait aussi renouvelé s'il était resté entre les mains du propriétaire; donc les changements incessants qu'il subit n'empêchent pas qu'il soit l'objet d'un véritable droit de propriété; de là la conséquence que le preneur est débiteur d'un corps certain, et il se libère en restituant un troupeau ayant la même valeur que celui qu'il a reçu (1).

C'est aussi d'après ces principes que se fait le partage; le code déroge sous ce rapport à l'ancien droit. On peut lire dans le traité de Duvergier quel était le système des coutumes, système dont on s'était écarté dans la pratique: La marche que le code trace est la plus simple. Le bailleur prélève, non des bêtes déterminées, ni le nombre des bêtes qu'il a fournies au cheptelier; il a fourni un troupeau et il reprend un troupeau ayant la valeur de la première estimation; le nombre des bêtes peut être plus ou moins grand, peu importe. Il peut se trouver un excédant

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 383, nos 271 *bis* I et II.

ou un déficit. S'il y a un excédant, il est partagé entre le bailleur et le preneur : c'est l'objet principal du bail à cheptel (art. 1804). S'il n'existe pas assez de bêtes pour remplir la première estimation, le bailleur prend ce qui reste, et les parties se font raison de la perte (art. 1817), c'est-à-dire que le preneur doit au bailleur une indemnité représentant la moitié de la perte (1).

109. L'article 1817 concerne le partage qui se fait à la fin du bail. Il n'en faut pas conclure que le partage ne peut se faire qu'à cette époque. La loi ne dit pas cela, et le contraire résulte de la nature même du contrat. C'est un louage ; or, il est de la nature du bail que la partie qui jouit de la chose paye un prix de ce chef, et le payement se fait à des termes périodiques, par année dans les baux à ferme. Il en doit être de même dans le bail à cheptel. C'est en ce sens que l'article 1804 dit que le preneur profite de la moitié du croît, il supporte la moitié de la perte, et l'article 1811 ajoute que la laine et le croît se partagent. Il est d'évidence que le partage de la laine se fait après la tonte. On ne peut pas partager le croît immédiatement après la naissance des nouvelles têtes, parce que les parties doivent aussi tenir compte de la perte, c'est-à-dire des têtes qui meurent ou qui sont vendues. Il faut les remplacer en prenant en considération le nombre et la valeur, de manière que le troupeau reste toujours complet et conserve toujours la même valeur. C'est seulement le bénéfice annuel qui se partage; la moitié de ce bénéfice constitue le prix que le bailleur touche, en compensation de la jouissance qu'il fournit au cheptelier (2).

(1) Duvergier, t. II, p. 465, nos 428 et 429.
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 384, nos 271 *bis* III et IV.

CHAPITRE II.

DU CHEPTEL A MOITIÉ.

110. « Le cheptel à moitié est une *société* dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit ou pour la perte » (art. 1818). La loi elle-même qualifie ce contrat de *société* : en effet, les deux parties mettent chacune en commun la moitié du troupeau ; il y a donc un fonds commun, première condition requise pour qu'il y ait société. L'article 1818 ajoute que les bestiaux demeurent communs pour le profit ou pour la perte : c'est le second élément de la société, une mise en commun dans la vue de partager le bénéfice qui en pourra résulter (art. 1832). Puisque le cheptel à moitié est une société, pourquoi les auteurs du code en ont-ils traité au titre du *Louage?* Le rapporteur du Tribunat répond que le cheptel à moitié est une modification du bail à cheptel, et que les mêmes règles le gouvernent, à une exception près (1). Nous allons dire en quoi le contrat est modifié par l'élément social qui y domine.

111. Le contrat s'appelle cheptel à moitié, parce que, d'ordinaire, chacune des parties fournit la moitié des bestiaux. C'est le contrat tel qu'il s'est établi par l'usage. Mais ce caractère n'est pas de l'essence de la société de cheptel ; il est, au contraire, de l'essence de la société que les parties soient entièrement libres de faire tel apport qu'elles jugent convenable. Mais la loi veut que la part de chacun des associés dans les bénéfices ou pertes soit en proportion de sa mise dans le fonds de la société (art. 1853), et elle applique ce principe avec rigueur

(1) Mouricault, Rapport, n° 21 (Locré, t. VII, p. 209).

quand la société a pour objet un cheptel. Dans le cheptel à moitié, le bailleur n'a droit qu'à la moitié de la laine et du croît : toute convention contraire est nulle (art. 1819). Le même principe recevrait son application si les mises n'étaient pas égales ; la proportion doit être la même pour les bénéfices et les pertes, sous peine de nullité (1).

112. Au premier abord, l'article 1819 semble déroger au principe de l'égalité du partage ; en effet, il ne donne aucune part au bailleur dans les laitages, le fumier et le travail des bêtes ; le preneur en profite seul, le bailleur n'a droit qu'à la moitié des laines et du croît. En réalité, cette disposition est une application de la règle du partage proportionnel : le preneur met, comme le bailleur, la moitié des bestiaux dans le fonds social, et il apporte de plus ses soins et son industrie ; il est donc juste que sa part dans les profits soit plus grande.

Après avoir réglé les droits des parties contractantes dans les bénéfices, l'article 1819 ajoute : « Toute convention contraire est nulle. » Le contrat ne pourrait donc pas donner au bailleur une part dans les petits profits, le laitage, le fumier et le travail des bêtes ; il ne pourrait pas, si le cheptel est à moitié, attribuer au bailleur, dans les laines et le croît, une part plus grande que la moitié. Cette convention est, au contraire, permise dans le cheptel simple, au moins dans l'opinion que nous avons adoptée (n° 96). Y a-t-il une raison de cette différence? Nous venons de la dire : la loi veut que les bénéfices soient proportionnels aux mises (n° 111) ; or, dans le cheptel à moitié, le preneur fait une mise plus grande que dans le cheptel simple, puisqu'il fournit une moitié du capital ; c'est à raison de cette mise plus forte que la loi fixe les bénéfices du cheptelier ; et elle ne permet pas de déroger à la règle qu'elle établit, parce que ce serait violer l'égalité au préjudice de la partie qui, par son ignorance et sa misère, est dans la dépendance de l'autre. Dans le cheptel simple, le preneur ne fournit rien du capital ; la loi a

(1) Duranton, t. XVII, p. 291, n° 290. Colmet de Santerre, t. VII, p. 385, n° 272 *bis*.

donc dû permettre de stipuler des avantages plus grands pour le bailleur; ses risques étant plus grands, puisque c'est lui qui supporte la perte totale, on a dû lui permettre de stipuler comme compensation une part dans les petits profits, ou une part plus grande que la moitié dans les laines et le croît (1).

L'article 1819 ajoute : « A moins que le bailleur ne soit propriétaire de la métairie dont le preneur est fermier ou colon partiaire. » Dans ce cas, les parties peuvent stipuler que le bailleur aura une part dans les petits profits, ou qu'il prendra plus que la moitié des laines et du croît. La raison en est que les bestiaux sont logés aux frais du propriétaire; dans le bail à colonage, il fournit de plus une moitié de leur nourriture. Du reste, le cheptelier étant en même temps fermier ou colon, les clauses du bail à ferme peuvent compenser les avantages exceptionnels qu'il consent au profit du propriétaire.

113. L'article 1820 dit que toutes les autres règles du cheptel simple s'appliquent au cheptel à moitié. Cela est trop absolu; les articles 1810 et 1817 ne reçoivent pas d'application dans le cheptel qui forme une société. Si le troupeau périt en tout ou en partie, la perte est pour la société; donc elle est toujours supportée par les deux parties, et par moitié si le cheptel est à moitié. A la fin du bail, le bailleur ne prélève rien, puisqu'il n'est pas resté propriétaire de la moitié du troupeau, en ce sens que tout le troupeau est devenu commun; il se partage, par conséquent, entre les deux parties dans l'état où il se trouve.

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 387, nº 277 *bis* I.

CHAPITRE III.

DU CHEPTEL DONNÉ PAR LE PROPRIÉTAIRE A SON FERMIER OU COLON PARTIAIRE.

SECTION I. — Du cheptel donné au fermier.

114. « Ce cheptel (aussi appelé *cheptel de fer*) est celui par lequel le propriétaire d'une métairie la donne à ferme, à la charge qu'à l'expiration du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus » (art. 1821). On suppose que le bailleur qui donne une métairie à ferme fournit en même temps au fermier un troupeau attaché à la ferme. Le cheptel est, dans ce cas, une chose accessoire du bail à ferme; cette clause n'a rien de commun avec le cheptel ordinaire. Dans le cheptel simple ou à moitié, c'est le troupeau qui forme l'objet principal du contrat; le propriétaire spécule sur les profits du troupeau, ainsi que le preneur. Dans le cheptel de fer, au contraire, c'est la culture des terres qui forme l'objet principal du contrat; si le propriétaire fournit un troupeau au fermier, c'est pour assurer la bonne culture des terres, en procurant au fermier les engrais dont il a besoin. C'est le seul avantage direct que le bailleur retire de la clause qui attache un troupeau à la ferme; mais naturellement le propriétaire qui fournit un troupeau au fermier, dont celui-ci a tous les profits, stipulera un fermage plus élevé, de sorte que le montant du prix représentera tout ensemble la jouissance de la ferme et celle du troupeau. Le fermier ayant tous les profits du troupeau, il est juste qu'il en paye la jouissance. Il est vrai que, comme fermier, il doit employer tout le fumier à engraisser les terres (art. 1824); mais lui-même en profitera, puisque les récoltes seront d'autant plus abondantes.

Il y a encore une différence entre le cheptel de fer et le

cheptel ordinaire, c'est que dans celui-ci le troupeau conserve sa nature mobilière; tandis que dans le cheptel de fer il est attaché, par le propriétaire, à son fonds pour la culture; il devient donc immeuble par destination (article 522). Nous renvoyons à ce qui a été dit sur ce point au deuxième livre.

115. « L'estimation du cheptel donné au fermier ne lui en transfère pas la propriété » (art. 1822). Cet article tranche une controverse qui existait dans l'ancien droit. Le code a consacré l'opinion de Pothier. L'article 1805 avait déjà admis la même solution dans le cheptel simple, Pothier dit que l'on objectait la maxime d'après laquelle l'estimation vaut vente. Il répond que l'adage n'est vrai qu'avec une distinction : lorsque l'estimation se fait dans le but que celui qui reçoit une chose avec estimation la puisse retenir en payant l'estimation, alors l'estimation vaut vente. Mais telle n'est pas l'intention des parties dans le cheptel. Le propriétaire, loin de vouloir que le fermier puisse retenir le cheptel en payant l'estimation, veut attacher le cheptel au fonds pour en assurer la bonne culture; ce qui implique que le cheptel n'en soit pas détaché. Quel est donc l'objet de l'estimation? C'est de constater la valeur du cheptel au moment où le bail commence; cette prisée sert à constater, à la fin du bail, de combien le cheptel se trouvera, à ce moment, soit augmenté, soit diminué. Dans toute hypothèse, le fermier ne peut retenir le cheptel en en payant l'estimation originaire; il doit en laisser un d'une valeur égale à celui qu'il a reçu. S'il y a du déficit, il doit le payer; et c'est seulement l'excédant qui lui appartient (art. 1826) (1).

116. Qui supporte les risques? L'article 1822 répond que l'estimation met le cheptel aux risques du fermier; de là suit que le fermier supporte la perte, même totale et par cas fortuit, s'il n'y a convention contraire (art. 1825). C'est une différence essentielle entre le cheptel de fer et le cheptel simple. Aux termes des articles 1807, 1810 et 1811, c'est le bailleur qui supporte la perte totale, dans le

(1) Pothier, *Traité des cheptels*, nos 66 et 67.

cheptel simple, et on ne peut pas même stipuler que les risques seront pour le cheptelier; tandis que, dans le cheptel de fer, c'est le fermier qui, de droit, supporte le risque. Quelle est la raison de cette différence? Pothier l'indique: c'est que tous les profits appartiennent au fermier; or, celui qui a tous les avantages que procure une chose doit aussi, en équité, supporter la perte. La loi suppose que telle est l'intention des parties contractantes, mais elle permet la stipulation contraire.

Tel est le caractère distinctif du cheptel de fer, et c'est de là qu'il tire son nom; il s'appelle cheptel de fer, dit Beaumanoir, parce qu'il ne peut pas mourir à son seigneur. Pothier donne une autre explication. On appelle, dit-il, ce cheptel *de fer* et les bestiaux bêtes *de fer*, parce que le cheptel est attaché à la métairie, le fermier étant obligé de laisser un cheptel de valeur égale à celui qu'il a reçu. L'explication de Beaumanoir est plus juste. Dans tout cheptel, le preneur doit laisser un troupeau ayant la valeur portée à l'estimation (art. 1817). Mais, dans le cheptel ordinaire, les bêtes meurent pour leur seigneur, c'est-à-dire pour le propriétaire; tandis que, dans le cheptel de fer, elles meurent pour le fermier (1).

117. L'article 1825 permet de stipuler que les risques seront pour le propriétaire. On demande si un usage contraire suffit pour que les parties soient censées avoir dérogé au droit commun. Il y a sur cette question un arrêt très-important de la cour de cassation. En matière de louage, il existe de nombreux usages : quelle est leur autorité? Si les usages sont antérieurs au code civil, ils sont abrogés par la loi du 30 ventôse an XII, article 7 (t. I, n° 25); et, depuis la publication du code, il ne peut pas se former d'usages contraires à la loi. Donc les usages n'ont plus aucune force légale, à moins que le code n'y renvoie. Peuvent-ils avoir force de convention? Les parties contractantes peuvent déroger à la loi, l'article 1825 le dit; c'est le droit commun. Si le code s'en explique pour

(1) Pothier, *Traité des cheptels*, n° 66. Marcadé, t. VI, p. 563, n° I de l'article 1826. Troplong, n° 1216.

le cheptel, c'est que la liberté de contracter des parties est limitée dans l'intérêt du preneur. L'article 1825 leur permet de déroger à la loi, d'abord parce que la dérogation est favorable au preneur, puis parce que le cheptel de fer n'est pas un louage, c'est une société. La question est donc de savoir si les parties sont censées contracter, conformément aux usages, quand les usages sont contraires à la loi. La négative est certaine. Dans le silence du contrat, c'est la loi qui reçoit son application ; or, les usages n'ont plus force de loi, ce qui est décisif. Les parties peuvent sans doute adopter comme loi de leur contrat des usages locaux qui se perpétuent, malgré l'abrogation prononcée par la loi de l'an XII ; mais il faut pour cela une convention, il ne suffit pas qu'il y ait un usage local pour que par cela seul il forme la loi des parties ; celui qui prétend qu'un usage a été adopté doit prouver cette convention en établissant le concours de consentement ; à défaut de cette preuve, les parties seront régies, non par les usages, mais par le code civil.

Tels sont les principes que nous avons appliqués dans le cours de nos explications sur le contrat de louage. Ils ont été consacrés par la cour de cassation. Dans l'espèce, il s'agissait d'un cheptel de fer donné au fermier par un bail verbal ; il comprenait des animaux de labour et des vaches dites de montagne. Quatorze de ces vaches périrent pendant la durée du bail. Lors du règlement des comptes entre le bailleur et le preneur, celui-ci prétendit que la perte de treize de ces vaches devait rester à la charge du bailleur ; il se prévalait d'un usage local en vertu duquel le preneur n'était tenu de supporter que la perte de la première vache et du vingtième des autres vaches. Le premier juge admit cette demande, conforme à un usage constant suivi depuis comme avant la publication du code ; c'est sous la foi de cet usage général que les baux sont consentis. La cour de Riom confirma, avec adoption des motifs. C'est cette décision qui a été cassée. « En donnant force à une coutume locale, dit l'arrêt de cassation, en l'appliquant à titre d'usage généralement accepté et en la faisant prévaloir sur les dispositions con-

traires du code Napoléon, *sans constater que les parties s'y fussent référées dans leur contrat de bail et lui eussent imprimé le caractère et la valeur d'une stipulation conventionnelle,* la cour de Riom a violé l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui a abrogé les anciennes coutumes ou statuts locaux sur les matières réglées par le code Napoléon, et elle a également violé les articles 1821, 1822 et 1825 dudit code (1). »

118. Le fermier peut-il disposer du cheptel? Ses créanciers peuvent-ils le saisir? La négative est certaine, elle résulte de l'article 1822; le fermier n'est pas propriétaire du cheptel, donc il ne peut pas l'aliéner; et puisqu'il n'est pas dans son domaine, ses créanciers ne peuvent pas le saisir; s'ils le saisissaient, le bailleur, resté propriétaire, pourrait demander la distraction des bestiaux qui lui appartiennent. Sur ce point, on est d'accord (2). Mais le fermier peut-il vendre des bêtes du troupeau? Les auteurs sont divisés. Les uns disent que le fermier peut disposer des animaux vieux ou impropres au service; les autres lui reconnaissent le droit de disposer indirectement des têtes du troupeau, sauf au bailleur à s'opposer à des aliénations imprudentes qui dénatureraient le troupeau (3). Cette dernière opinion nous paraît inacceptable. Le fermier a le droit de disposer ou il ne l'a pas. S'il en a le droit, le bailleur ne peut pas s'y opposer. A notre avis, le fermier ne peut pas plus disposer des têtes du troupeau que du troupeau même, et par identité de raison : c'est qu'il n'est pas propriétaire. C'est seulement à la fin du bail qu'il peut retenir l'excédant. Pendant la durée du bail, il est obligé de conserver les bestiaux qui lui ont été livrés, ces bestiaux sont devenus immeubles; en disposer, ce serait aliéner une partie de la métairie; certes le preneur n'a pas ce droit. A la rigueur, il ne peut pas même disposer des animaux vieux ou impropres au service, car il n'en est pas plus propriétaire que du reste du troupeau.

(1) Cassation, 12 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 395).
(2) Bordeaux. 20 février 1845 (Dalloz, au mot *Louage à cheptel,* n° 81).
(3) Duranton, t. XVII, p. 296, n° 298. Colmet de Santerre, t. VII, p. 388, n° 277 *bis* I. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 541 et note 15, § 375.

Il est vrai que le fermier ne doit pas restituer le troupeau tel qu'il l'a reçu ; cela est impossible, le troupeau se renouvelant incessamment par la mort et par le croît, mais de là ne suit pas que le fermier ait le droit de disposer des têtes individuelles.

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui paraît contraire à notre opinion. Elle a jugé que les créanciers du preneur peuvent saisir une partie du cheptel, pourvu que le cheptel reste à peu près complet et qu'il y ait garantie suffisante pour le propriétaire qu'à la fin du bail le fermier représentera un cheptel égal en valeur à celui qu'il a reçu (1). C'est une de ces décisions d'espèce, fondées en équité, que la cour de cassation confirme en rejetant le pourvoi, parce qu'elles ne violent pas une loi expresse, mais il nous semble qu'elle viole les principes : les créanciers peuvent-ils saisir des bestiaux qui n'appartiennent pas à leur débiteur? et comment les animaux appartiendraient-ils au fermier, alors que le troupeau reste la propriété du bailleur?

119. « Tous les profits appartiennent au fermier pendant la durée de son bail, s'il n'y a convention contraire » (art. 1823). Le code permet toute convention contraire ; nous avons dit pourquoi il maintient dans le cheptel de fer la liberté de contracter, tandis qu'il la limite dans le cheptel ordinaire. Il suit de là que les parties peuvent stipuler que le bailleur aura une partie des profits ; elles peuvent convenir que le bailleur aura une part plus grande dans les bénéfices que dans les pertes. On admet même que la clause serait valable si elle donnait au bailleur une part dans les profits sans mettre à sa charge aucune portion de la perte (2). Cela est vrai d'après l'article 1825 ; mais comment concilier ces dérogations avec le principe qui met la perte fortuite à charge du preneur? Ce principe est fondé sur la disposition qui attribue tous les profits

(1) Rejet, 8 décembre 1806 (Dalloz, au mot *Louage à cheptel*, n° 79). Comparez rejet, 6 mai 1835 (Dalloz, *ibid.*, n° 76, et au mot *Priviléges*, n° 271). Merlin, *Répertoire*, au mot *Cheptel*, § III, n° 5. Duvergier approuve la décision (t. II, p. 477, n° 445).

(2) Duranton, t. XVII, p. 296, n° 299. Duvergier, t. II, p. 474, nos 440 et 441.

au preneur (n° 116); si on lui enlève une partie des profits, est-il juste de laisser les risques à sa charge? Il y a ici une anomalie dans le code : ou il n'aurait pas dû permettre une convention contraire, ou il aurait dû régler l'influence que la convention contraire doit exercer sur les risques. Dans le silence de la loi, il faut s'en tenir aux textes qui mettent le cheptel aux risques du fermier, tout en permettant de lui enlever une partie des profits.

120. L'article ajoute une explication concernant le fumier : « Il n'est point dans les profits personnels du fermier, mais appartient à la métairie, à l'exploitation de laquelle il doit être uniquement employé. » Nous avons dit, en traitant du bail à ferme, que le fermier doit employer le fumier à engraisser les terres; s'il en est ainsi alors que le bétail lui appartient, il en doit être de même, à plus forte raison, lorsque le troupeau est fourni par le bailleur; il est attaché à la ferme dans l'intérêt de la bonne culture et dans le but que le fumier serve d'engrais pour améliorer les terres.

SECTION II. — Du cheptel donné au colon partiaire.

121. Le cheptel donné au colon partiaire peut être un cheptel à moitié; on applique, dans ce cas, les règles du cheptel à moitié, sauf la dérogation que l'article 1819 permet d'y apporter. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n^{os} 110-113). Dans les articles 1827 et suivants, la loi suppose que tout le cheptel est donné par le propriétaire au colon partiaire ; c'est, en principe, le cheptel simple, et il est soumis, en général, à toutes les règles de ce cheptel (art. 1830).

122. L'article 1827 consacre une conséquence de cette assimilation : « Si le cheptel périt en entier sans la faute du colon, la perte est pour le bailleur. » C'est donc le bailleur qui supporte le risque en cas de perte totale, tandis que, dans le cheptel donné au fermier, les risques sont pour celui-ci. La raison en est que le cheptel donné au colon partiaire est un véritable cheptel ; il doit donc être

soumis aux règles du cheptel en ce qui concerne les risques.

123. Il y a une autre différence entre le colon partiaire et le fermier; celui-ci traite par spéculation, tandis que le colon partiaire ne traite guère que pour sa subsistance. La loi tient compte de cette différence dans la position sociale : elle permet aux parties contractantes de déroger aux règles qu'elle établit, quand il s'agit du cheptel donné au fermier, il n'y a pas à craindre que celui-ci, par ignorance ou par misère, subisse la loi du propriétaire; tandis que la situation dépendant du colon partiaire pourrait le porter à souscrire à des clauses ruineuses et iniques. En conséquence, l'article 1828 prohibe certaines clauses. On ne peut pas stipuler que le colon sera tenu de toute la perte arrivée par cas fortuit et sans sa faute. Il en est de même dans le cheptel simple (art. 1811). La perte partielle est supportée par moitié, puisque les règles du cheptel simple sont applicables au cheptel qui est donné au colon partiaire (art. 1804, 1810 et 1830). On peut stipuler que le colon supportera la perte pour plus de moitié, puisque le code ne prohibe pas cette clause, et toute clause non prohibée est permise.

Mais on ne peut pas stipuler que le colon supportera dans les pertes une plus grande part que dans les profits; l'article 1811, qui interdit cette clause dans le cheptel simple, est applicable au colon partiaire en vertu de la disposition de l'article 1830.

124. La loi autorise cependant certaines clauses favorables au bailleur. On peut stipuler que le colon délaissera au bailleur sa part dans la toison à un prix inférieur à la valeur ordinaire; que le bailleur aura une plus grande part dans le profit; qu'il aura la moitié des laitages (article 1828). Au premier abord on est étonné de voir le législateur sanctionner des clauses d'inégalité, alors que l'inégalité paraît profiter au bailleur au détriment du colon; mais il faut tenir compte des avantages que le bail peut procurer, sous d'autres rapports, au colon, avantages qui compenseront ce que les clauses favorables au bailleur paraissent avoir d'inique.

125. « Le cheptel donné au colon partiaire finit avec le bail à métairie » (art. 1829). C'est une différence entre ce cheptel et le cheptel simple : celui-ci dure trois ans quand les parties n'ont pas fixé d'autre terme. Le cheptel donné au colon partiaire est un contrat accessoire du bail principal ; il doit donc expirer avec ce bail.

CHAPITRE IV.

DU CONTRAT IMPROPREMENT APPELÉ CHEPTEL.

126. « Lorsqu'une ou plusieurs vaches sont données pour les loger et les nourrir, le bailleur en conserve la propriété : il a seulement le profit des veaux qui en naissent » (art. 1831). Pothier nous apprend que ce contrat était très-usité dans le vignoble d'Orléans. Le code dit qu'il est improprement appelé cheptel, parce que les éléments ordinaires du cheptel ne s'y rencontrent pas. Dans le cheptel ordinaire, il y a un élément qui tient de la société, c'est que le profit du croît est commun et que les pertes se partagent. Dans le contrat prévu par l'article 1831, il n'y a rien de commun ; les vaches restent la propriété du bailleur, et lui seul profite des veaux ; de son côté, le preneur profite seul des laitages et du fumier. Le terme de *bailleur*, dont la loi se sert pour désigner le propriétaire qui donne les vaches pour les nourrir et les garder, marque que la loi considère le contrat comme un louage ; Pothier dit que ce n'est pas un contrat de louage, parce qu'il est de l'essence de ce contrat qu'il y ait une chose louée et un loyer qui consiste en une somme d'argent ou en une quotité de fruits ; il en conclut que c'est un contrat innomé. Dans le cheptel simple, il n'y a pas de loyer en argent, mais la moitié du croît attribuée au pro-

priétaire en tient lieu. Peu importe, du reste, que le contrat soit nommé ou innomé; les principes du louage s'appliquent, par analogie, au cheptel de l'article 1831, puisque la loi en traite au titre du *Louage* et qu'elle donne le nom de *bailleur* à l'une des parties.

127. La loi ne dit pas quels sont les droits du preneur. Comme le bailleur prend les veaux, il s'ensuit que le preneur a les autres profits que peut donner la vache, c'est-à-dire le laitage et le fumier, sauf, dit Pothier, à fournir le chaume pour faire la litière.

128. Le code ne s'explique pas sur les obligations des parties contractantes, sauf en ce qui concerne le preneur; il doit loger et nourrir les vaches. De son côté, le bailleur s'oblige de laisser jouir le preneur des profits de la vache, notamment du laitage. Le veau appartient au bailleur. En faut-il conclure que c'est le bailleur qui doit supporter les frais de nourriture du veau? Non, le preneur, devant livrer le veau, est tenu par cela même de le conserver, c'est-à-dire de le nourrir jusqu'à la livraison. Le preneur perd, par conséquent, le laitage jusqu'à ce que le veau puisse être sevré; quand le veau a trois ou quatre semaines, dit Pothier, le bailleur est obligé de le retirer, à peine de dommages-intérêts, parce qu'en le laissant plus longtemps à charge du preneur, il le priverait du laitage auquel celui-ci a droit. C'est au preneur à agir pour mettre le bailleur en demeure (1).

129. D'après l'article 1831, le preneur est seulement obligé de loger la vache et de la nourrir. Lors donc que la vache devient malade, le bailleur doit la faire traiter à ses dépens, car la loi ne met pas cette obligation à charge du preneur. Le code reproduit implicitement l'ancien droit, en n'imposant d'autre obligation au preneur que celle du logement et de la nourriture.

130. Quand ce contrat prend-il fin? Au terme convenu, s'il y a une convention à cet égard. Sinon il faut appliquer, par analogie, la disposition du code concernant les baux faits sans écrit, c'est-à-dire sans terme fixe. Chacune

(1) Pothier, *Traité des cheptels*, nos 71 et 72.

des parties pourra mettre fin au bail par sa volonté en donnant congé à l'autre. Pothier ajoute une restriction qui résulte de l'intention des parties contractantes : aucune des parties ne peut rompre le contrat en temps inopportun, et la rupture serait inopportune si elle causait un préjudice certain à l'autre partie; si, par exemple, le preneur voulait rendre la vache lorsqu'elle est prête à vêler, ou si le bailleur voulait la reprendre au commencement du printemps, à moins que le bail n'eût commencé à cette époque (1).

(1) Pothier, *Traité des cheptels*, nos 75 et 76. Duvergier, t. II, p. 484, no 459.

TITRE X.

(TITRE IX DU CODE CIVIL.)

DE LA SOCIÉTÉ (1).

---

131. L'orateur du gouvernement dit, dans l'Exposé des motifs, que les sociétés de commerce n'entrent pas dans le plan du code civil; elles sont aussi étrangères à notre travail, puisque nous traitons uniquement des principes du droit civil. Il est bien vrai que les sociétés commerciales sont les plus fréquentes et les plus importantes; les sociétés purement civiles sont rares, et quand elles ont quelque importance, elles empruntent les formes du droit commercial. Toutefois, le législateur ayant séparé les deux matières, nous ferons de même. Ce n'est pas à dire que les principes du droit civil n'aient rien de commun avec les sociétés de commerce. Le droit civil est le droit commun, et le code de commerce a soin de rappeler que les sociétés dont il traite sont régies avant tout par le droit civil (art. 18). Le code civil dit la même chose (article 1873) (2).

(1) Sources : Duvergier, *Du contrat de société*, Paris, 1839, 1 vol. in-8°.
Troplong, *Du contrat de société civile et commerciale*, Paris, 1843, 2 vol. in-8° (Bruxelles, 1843, 1 vol.).
Delangle, *Des sociétés commerciales*, Paris, 1843, 2 vol. in-8°.
Pont, Commentaire, *Traité des sociétés civiles et commerciales* (continuation de Marcadé. t. VII, Paris, 1872, 1 vol. in-8°.
Guillery, *Des sociétés commerciales en Belgique*, Bruxelles, 1874.

(2) Comparez loi du 18 mai 1873, art. 1er.

132. Treilhard dit encore, dans l'Exposé des motifs, que le titre du contrat de société est étranger à une espèce de société qui se forme entre des personnes rapprochées par quelques événements quelquefois indépendants de leur volonté particulière. Il cite comme exemple les rapports qui existent entre des cohéritiers tenus de supporter *en commun* les charges d'une succession dont ils partagent aussi les bénéfices. De même la loi soumet les voisins à des *obligations communes* pour leur sûreté particulière et pour le maintien de l'ordre public. C'est ce que la doctrine appelle la *communauté*, pour la distinguer de la société proprement dite. Nous avons traité, dans les titres qui sont le siége de la matière, des obligations que la loi établit entre cohéritiers et entre voisins. Pour compléter cet exposé des principes sur la communauté, nous ajouterons, à l'exemple de Pothier, un appendice au titre du code où nous ferons connaître la jurisprudence concernant la communauté.

133. Il y a en Belgique des sociétés qui ont un caractère particulier, ce sont les *sociétés charbonnières*. La doctrine ne s'en est pas occupée. Nous exposerons, dans l'appendice à ce titre, les règles que la jurisprudence a consacrées sur ces sociétés.

CHAPITRE Ier.

DES CONDITIONS REQUISES POUR L'EXISTENCE OU POUR LA VALIDITÉ DES SOCIÉTÉS.

SECTION I. — Principes généraux.

134. « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter » (art. 1832).

Le contrat de société, de même que tous les contrats, exige certaines conditions qui sont requises pour son existence : le consentement, un objet licite et la cause. Nous laissons de côté la cause qui, dans les contrats synallagmatiques, tels que la société, se confond avec l'objet. La capacité des parties contractantes est seulement requise pour la validité du contrat. Sous le rapport de la forme, la société est un contrat non solennel. Nous avons exposé ailleurs les notions générales sur les conditions nécessaires soit pour l'existence, soit pour la validité des contrats. Ici nous nous bornons à faire l'application des principes aux difficultés qui se sont présentées dans la pratique.

§ Ier. *Du consentement.*

135. La société étant un contrat, elle exige comme condition d'existence le consentement des parties contractantes. Pothier dit que c'est là le caractère qui distingue la société de la communauté. La communauté, d'après lui, se forme entre plusieurs personnes, sans qu'il soit intervenu entre elles aucune convention, ni, par conséquent, aucun consentement. Il est vrai que, dans les exemples de communauté que l'on cite d'ordinaire, il n'intervient aucun consentement des communistes. Lorsqu'une succession est échue à plusieurs héritiers, ou qu'un legs a été fait conjointement à plusieurs légataires, il y a une communauté entre les héritiers ou les légataires, sans qu'il y ait eu de convention. Voilà pourquoi Pothier appelle la communauté un quasi-contrat. Cette doctrine est généralement suivie par les auteurs modernes (1). Nous y reviendrons. On dit, en ce sens, que la communauté est un fait, tandis que la société est un contrat. Cela n'est pas exact. La communauté peut résulter d'une convention : telle serait l'acquisition d'un immeuble faite en commun. Il y a simple communauté, et non société, quand les parties n'ont pas eu pour but de mettre l'immeuble en commun

(1) Pothier, *Traité du contrat de société*, n° 2. Duranton, t. XVII, p. 309, n° 320.

pour partager le bénéfice qui pourrait en résulter, et sans ce consentement on ne conçoit pas de société. Ce qui caractérise donc la société et ce qui la distingue de la communauté, c'est le but que les associés ont en vue (1).

136. Pothier ajoute que la société est un contrat consensuel, qui se forme par le seul consentement des parties contractantes. Il est parfait dès que les parties sont convenues d'apporter chacune quelque chose en commun, quoiqu'elles n'aient pas encore fourni leur apport. L'article 1843 consacre une conséquence de ce principe : « La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque. »

137. Qu'il n'y ait pas de société sans consentement, cela est d'évidence. Une personne s'engage à donner ses soins à une publication littéraire; puis elle signe un reçu sur le bas du *verso* d'une demi-feuille de papier timbré pliée en deux, sur laquelle avait été écrit le récépissé, et dont toute la partie supérieure était en blanc. Sur ce blanc le dépositaire fabriqua un acte de société en nom collectif entre lui et le signataire; celui-ci était ainsi chargé, à son insu, d'acquitter tous les emprunts que son associé contracterait et les effets qu'il pourrait souscrire. Le faussaire trouva un complaisant qui créa cinq lettres de change fictives, de 10,000 francs chacune, lesquelles furent négociées. Par suite, le prétendu associé fut poursuivi, emprisonné, déclaré en faillite. La cour de Paris mit fin à ce scandale en déclarant nul l'acte de société; il était plus que nul, puisqu'il n'y avait jamais eu de consentement. Vainement les tiers porteurs alléguaient-ils leur bonne foi et l'imprudence de celui qui avait donné un blanc seing, la nullité, pour mieux dire, l'inexistence de la société entraînait de plein droit la nullité de tous les actes qui en étaient la conséquence, un contrat inexistant ne pouvant produire aucun effet (2).

138. Le consentement donné sous forme de ratification suffit-il pour que la société existe à partir du jour où

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 542, § 377.
(2) Paris, 7 février 1824 (Dalloz, au mot *Désaveu*, n° 15). Pont, t. VII, p. 14, n° 15.

l'acte a été passé? En principe, oui, puisque la ratification équivaut au mandat, et produit, par conséquent, un effet rétroactif. Qu'il en soit ainsi entre associés, cela n'est pas contesté, mais il y a controverse sur le point de savoir si la ratification rétroagit à l'égard des tiers; nous y reviendrons au titre du *Mandat*. La cour de cassation a jugé qu'un contrat de société, par lequel un des associés stipule pour des coassociés futurs (ses enfants) sans être muni de leurs pouvoirs et seulement avec promesse de fournir leur approbation, ne constitue réellement la société que lorsque la ratification a été donnée. Nous croyons que le principe est formulé en termes trop absolus. La cour dit que ce n'est qu'à partir de la ratification que l'acte devient parfait et obligatoire, et qu'il offre des garanties d'une véritable raison sociale aux personnes qui se mettent en relation d'affaires avec les associés. A l'objection que la ratification rétroagit, la cour répond que cette règle n'est applicable qu'aux associés, mais que pour le public la société n'a qu'une existence incertaine jusqu'à la ratification (1). Dans l'espèce, il s'agissait d'une société commerciale assujettie à des formalités de publicité. Limitée à ces sociétés, la décision de la cour de cassation est juste. Il n'y a pas de publicité tant que les noms des associés ne sont pas connus du public; lors donc qu'il s'agit d'associés qui consentent par voie de ratification, la ratification doit être publiée dans les formes prescrites par le code de commerce; et une forme de publicité ne saurait rétroagir, puisqu'il en résulterait que les tiers sont censés connaître un acte qu'en réalité ils n'ont pas connu; ce qui est absurde et contraire au but de la publicité.

139. Le consentement peut être vicié. Dans ce cas, le contrat de société existe, mais il est annulable. L'erreur a donné lieu à une difficulté sur laquelle il y a doute. Une société en commandite est formée pour l'achat et la vente de terrains. Le montant des versements faits par les associés sur leurs actions étant épuisé, le gérant demanda

(1) Rejet, chambre civile, 4 août 1847 (Dalloz, 1847, 1, 309). Pont, t. VII. p. 16, n° 17.

le surplus. Plusieurs actionnaires s'y refusèrent et prétendirent que la société était nulle, parce que l'achat et la revente de terrains ne pouvaient constituer qu'une société civile. Il y avait eu erreur, à leur avis, sur la nature de la société. La cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas erreur, parce que l'erreur ne vicie les contrats que lorsqu'elle est substantielle et que, dans l'espèce, elle ne portait ni sur le consentement ni sur l'objet de la convention (1). Cela nous paraît douteux. Il y a encore erreur substantielle lorsqu'elle porte sur la nature du contrat; c'est la plus grave de toutes les erreurs; si l'une des parties veut vendre et l'autre louer, il n'y a ni vente ni louage, le contrat est inexistant. Or, il y a des différences essentielles entre une société civile et une société en commandite : les actionnaires d'une société commerciale ne sont tenus, à l'égard des tiers, que jusqu'à concurrence de leur mise; tandis que les associés en matière civile sont tenus chacun pour une part virile (art. 1863). Les deux contrats sont donc de nature différente, partant l'erreur sur le contrat que les parties ont voulu faire est substantielle. Vainement la cour dit-elle que, dans l'espèce, l'erreur était partagée par tous les associés. Qu'importe? On a bien soutenu que l'erreur de l'une des parties ne viciait pas le consentement, mais on n'a jamais soutenu que l'erreur commune ne le viciait point.

140. La société, comme tout contrat, exige la capacité des parties contractantes. On demande si des époux peuvent former une société pendant le mariage. En principe, l'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi (art. 1123). Il faut une loi pour qu'il y ait incapacité (art. 1124). Or, aucune loi n'interdit aux époux de former une société. La question est cependant controversée. Il a été jugé que la prohibition résulte implicitement des rapports que le mariage établit entre les époux. La loi de la société, c'est l'égalité, tandis que la femme

(1) Rejet, 9 juin 1841, deux arrêts (Dalloz, au mot *Société*, n° 77). Pont, t. VII, p. 17, n^os^ 19 et 20.

mariée est sous puissance; comment l'égalité peut-elle coexister avec l'inégalité (1)? Il y a une confusion d'idées dans cette argumentation. La subordination de la femme ne concerne que les rapports des époux considérés comme tels : elle n'empêche pas la femme de stipuler une indépendance complète quant à l'administration de ses biens, elle ne l'empêche pas de faire le commerce, elle n'est donc pas un obstacle à ce que les époux forment entre eux une société, dans laquelle les époux sont égaux comme associés. L'article 1595 que l'on invoque témoigne plutôt contre l'incapacité des époux : la loi interdit la vente entre conjoints; c'est une exception qui confirme la règle et qui l'implique; la règle est donc que les époux peuvent contracter et s'associer, à moins que le contrat qu'ils font ne soit en opposition avec un texte de loi (2). Ainsi il a été jugé que la société en nom collectif stipulée entre deux époux était nulle, parce qu'elle avait pour but unique d'assurer au mari des avantages excédant le disponible que la femme remariée peut donner à son second époux.

141. Quelle capacité faut-il avoir pour former une société? La difficulté se présente pour le mandat général qui, aux termes de l'article 1988, donne seulement au mandataire le droit de faire des actes d'administration. Il nous semble que le texte de l'article décide la question; former une société n'est certes pas un acte d'administration; la convention implique au contraire une disposition des biens que l'on met en commun. Il a été jugé, en ce sens, que les associés liquidateurs d'une société dissoute, quoique ayant pouvoir de vendre les immeubles sociaux, ne pouvaient constituer une société nouvelle pour l'exploitation de ces immeubles (3). Dans l'espèce, le mandat était spécial, il avait pour objet la liquidation de la société dissoute; donc, quoique chargés de vendre, et ayant le droit de disposer, les liquida-

(1) Paris, 14 avril 1856, 9 mars 1859 et 24 mars 1870 (Dalloz, 1856, 2, 221; 1860, 2, 12; 1872, 2, 43). Metz, 22 août 1861 (Sirey, 1862, 2, 230). Crim., Cassation, 9 août 1851 (Dalloz, 1852, 1, 160).

(2) Pont, t. VII, p. 26, nos 35-37, et les autorités qu'il cite. Comparez mon t. XXII, nº 319, p. 330.

(3) Rejet, 7 février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 115).

teurs dépassaient leur pouvoir en formant une nouvelle société (1).

§ II. *De l'objet.*

142. Il n'y a pas de contrat sans objet. L'article 1832 dit que la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de *mettre quelque chose en commun*, et l'article 1833 ajoute que chaque associé doit apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie. S'il n'y a pas de mise, il n'y a pas de société. Ce singulier cas s'est présenté devant la cour de cassation. Une société en commandite par actions se forma sous le nom d'*Union financière*. Le fonds social se composait d'une somme de trois millions, représentée par 30,000 actions de 100 francs chacune. Les associés commanditaires s'obligeaient de supporter les pertes que la société pourrait faire jusqu'à concurrence de 200,000 francs. Un actionnaire, poursuivi en versement du montant de 28 actions qu'il avait souscrites, s'y refusa, soutenant que la société n'existait qu'à l'état de projet. La cour de Caen et, sur pourvoi, la cour de cassation décidèrent qu'il n'y avait pas de société, faute de mise. En effet, l'un des associés en nom collectif n'apportait ni argent, ni d'autres biens, ni une industrie déjà existante. Les commanditaires n'apportaient non plus aucune valeur réalisable ; ils prenaient seulement l'engagement de garantir la société de toute perte jusqu'à concurrence de 200,000 francs. Cette garantie, dit la cour suprême, constitue si peu un fonds social, qu'elle ne peut être réclamée qu'après que la société a commencé ses opérations, c'est-à-dire lorsqu'il existe un fonds de caisse que cette garantie suppose, mais qu'elle ne crée point. D'un autre côté, il était constant que, lors de la publication de l'acte de société, aucune action n'avait été souscrite. Dès lors il n'y avait pas de société ; la clause

(1) Rejet, 20 mars 1860 (Dalloz, 1860, 1, 398). Il y a un arrêt en sens contraire du 4 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 104). C'est une décision fondée sur les circonstances particulières de la cause (Pont, t. VII, p. 15, n° 16).

de l'acte portant que la société commencerait à l'époque de sa date n'était qu'une fiction et ne pouvait recevoir aucune exécution, parce qu'à cette date, il n'y avait aucune mise de fonds, ni aucune promesse d'apport faite par les associés (1).

143. L'article 1833 dit en termes impératifs, et par conséquent restrictifs, en quoi *doit* consister la mise des associés : ils doivent apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou leur industrie. Cela exclut le crédit. Il n'y a aucun doute quant au crédit politique. Pothier dit que le crédit d'un homme puissant n'est pas quelque chose d'appréciable, c'est-à-dire qu'on ne peut pas l'évaluer en argent; or, la mise doit être appréciable, parce que, dans le silence du contrat, la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes est en proportion de la mise dans le fonds de la société (art. 1853). Il y a un autre motif pour lequel le crédit politique ne peut être admis comme mise. Une pareille convention, dit Pothier, est nulle, comme contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs, qui ne permettent pas aux personnes puissantes d'accorder leur crédit pour de l'argent (2). C'est de ce crédit que parlent les orateurs du gouvernement et du Tribunat. « La convention, dit Treilhard, est contraire à l'honnêteté et aux bonnes mœurs, quand la mise ne consiste que dans une promesse de crédit, vaine le plus souvent, mais toujours coupable, quand elle est payée. Loin de nous ces vils intrigants qui, vendant leurs manœuvres et leur protection, trompent également et l'autorité dont ils trompent la confiance, et l'honnête homme qui compte sur eux. » Gillet s'exprime avec la même énergie : « Les Romains reconnaissaient, outre les biens ou l'industrie, une troisième sorte de mise, le crédit et la faveur, *gratiam*. On ne peut écrire ces mots sans honte que dans les Etats corrompus, où l'on trafique de tout, même de la puissance publique (3). »

(1) Rejet, 6 avril 1853 (Dalloz, 1853, 1, 193).
(2) Pothier, *De la société*, n° 10.
(3) Exposé des motifs, n° 9; Gillet, Discours, n° 6 (Locré, t. VII, p. 243 et 255).

Autre est le crédit commercial ; il est le fruit, non de l'intrigue, mais du travail et de l'honnêteté. Toutefois à lui seul il ne constituerait pas une mise valable. A défaut de biens corporels, la loi exige l'apport d'une industrie, c'est-à-dire une coopération active, un travail quelconque ; donc le crédit seul ne suffit point (1). Au conseil d'Etat, Pelet émit une opinion contraire. « On peut, dit-il, apporter dans la société son nom et sa réputation, lesquels doivent aussi être considérés comme une mise. » Pelet ne fit aucune proposition ; sa remarque tendait à comprendre le crédit sous le mot d'industrie. Elle fut combattue par Treilhard et Berlier. Celui-ci dit très-bien qu'un *nom* isolé de tout *acte* de la personne, est une chose fort abstraite, au lieu que l'*industrie* est une *chose positive* à laquelle il convient de s'arrêter (2).

144. Si la convention accordait une part d'intérêt à un associé qui ne fait aucune mise, elle constituerait une donation à l'égard de ce prétendu associé. Pour être valable, elle devrait être faite dans les formes prescrites par la loi. Pothier dit que ce serait une donation de biens à venir, laquelle ne peut être faite que par contrat de mariage. Cela n'est pas exact ; c'est un avantage certain, quoique éventuel, comme le serait la donation des fruits à naître d'un fonds. Il suit de là que la donation serait faite valablement dans la forme ordinaire des actes notariés (3).

§ III. *Bénéfice commun.*

145. La mise en commun d'une chose ne suffit point pour qu'il y ait société ; il faut, aux termes de l'article 1832, que la convention de mettre une chose en commun se fasse « dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. » L'espoir de partager un bénéfice,

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 543, note 2, § 376, et Pont, t. VII, p. 49, nos 64 et 65.

(2) Séance du conseil d'Etat, du 14 nivôse an XII (Locré, t. VII, p. 230, no 4).

(3) Duranton, t. XVII, p. 312, no 324, et tous les auteurs (Pont, t. VII, p. 46, no 59).

dit l'orateur du gouvernement, est la vue intentionnelle qui dirige le contrat de société. C'est parce que les hommes, dans leur isolement, sont faibles et impuissants, qu'ils s'associent : c'est le mobile de toute association; mais pour que l'association constitue une société, il faut de plus que ceux qui unissent leurs efforts le fassent pour retirer un bénéfice de la chose qu'ils mettent en commun. C'est le caractère qui distingue la société de la simple communauté.

Deux frères achètent en commun un immeuble; ils le possèdent par indivis pendant plusieurs années, puis ils le revendent avec bénéfice. Y a-t-il dans ces faits les éléments constitutifs d'une société? Les premiers juges l'avaient décidé ainsi; la décision a été cassée. Il n'était pas constaté que les parties avaient acheté l'immeuble dans la vue d'en opérer la revente et de partager le bénéfice qui pourrait en résulter; donc la *vue intentionnelle* qui forme un des caractères essentiels de la société faisait défaut : c'était une simple communauté (1). Nous dirons plus loin que la société et la communauté sont régies par des principes différents.

146. Il résulte de ce principe des conséquences très-importantes. Les associations religieuses qui se forment en vertu de la liberté d'association ont essayé de se constituer en sociétés civiles, en apparence pour jouir du droit commun, en réalité pour reconstituer les corporations religieuses, avec tous les effets de la personnification civile. C'était violer la loi, en l'éludant. Nous reviendrons plus loin sur cette question; elle est trop importante pour être traitée en passant.

147. Il se forme tous les jours des sociétés d'assurances mutuelles; elles prennent le titre de sociétés dans des actes publics. Ce ne sont pas des sociétés dans le sens légal du mot; le caractère essentiel exigé par l'article 1832 leur manque : elles n'ont pas pour objet un partage de bénéfices. Chaque membre est tout ensemble assureur et assuré : le but est de répartir entre les assureurs

(1) Cassation, 22 novembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 323).

les pertes que les assurés éprouvent par un accident quelconque, l'incendie, la grêle, les épizooties; l'assuré étant aussi assureur supporte une part dans la perte, part diminuée par le concours des autres membres. Le but et l'effet de la convention sont de diminuer la perte éventuelle que peuvent faire les associés. Donc il n'y a jamais de bénéfices à partager entre les membres de ces associations, partant il n'y a point de société. C'est l'opinion unanime des auteurs (1). Il y a quelque incertitude dans la jurisprudence; il est inutile de s'y arrêter, les principes n'étant pas douteux (2). La cour de cassation a jugé, par application de ces principes, que les associations d'assurances mutuelles ne sont pas dissoutes par la mort de l'un des membres, tandis que la société finit par la mort d'un des associés (3).

148. Les tontines sont-elles de vraies sociétés? On donne ce nom à des réunions de rentiers qui conviennent que les rentes dues aux prémourants profiteront aux survivants. Ce sont en apparence des sociétés; un avis du conseil d'Etat du 25 mars 1809, approuvé par l'empereur le 1er avril, les soumet à l'autorisation du gouvernement, ce qui semble les assimiler aux sociétés anonymes. Mais il y a une différence radicale entre les sociétés et les tontines. M. d'Hauterive, sur le rapport duquel a été rendu l'avis du conseil d'Etat, dit très-bien que les sociétés répandent et multiplient l'action vivifiante du travail; elles forment des capitaux qui, mis en œuvre par une industrie toujours active et féconde, produisent de nouveaux capitaux. Les tontines ne produisent ni mouvement, ni capital, ni industrie; la somme des capitaux reste toujours la même; les produits, considérés en bloc, restent invariables; la répartition seule est soumise à des variations qu'amène la chance des décès; il ne se fait aucun bénéfice par le travail, il ne peut donc y avoir

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 543 et note 5, § 377.
(2) Voyez les arrêts cités par Pont, t. VII, p. 52, n° 71; note 6. Il faut ajouter Paris, 25 mars 1873 (Dalloz, 1875, 2, 17).
(3) Rejet, 12 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Assurances terrestres*, n° 60), et les arrêts cités au mot *Société*, n° 220.

aucun partage de bénéfices. C'est un contrat aléatoire (1).

149. Par application du même principe, il a été jugé qu'il n'y a pas de société dans les conventions suivantes. Des agents d'assurances s'obligent à partager entre eux les droits de courtage provenant de leurs opérations (2). Deux personnes vivant en concubinage exercent en commun une industrie ou un commerce (3). Des commissionnaires de transport, dans la vue d'économiser les frais, s'engagent à mettre en commun toutes les marchandises que chacun d'eux serait chargé de transporter (4). Dans toutes ces conventions, l'élément essentiel de la société manque : l'intention de partager les bénéfices qui pourront en résulter.

150. En quoi doit consister le bénéfice? La notion de bénéfice implique l'idée d'un profit pécuniaire qui enrichit les associés. C'est pour augmenter sa fortune que l'on s'associe. Voilà pourquoi les sociétés d'agrément ne sont pas des sociétés : nous reviendrons sur ce point. Il a cependant été jugé que des particuliers peuvent valablement se constituer en société pour la mise en commun du droit de chasse, qui leur appartient soit comme propriétaires de terres, soit comme fermiers du droit de chasse. La chambre criminelle a décidé en conséquence qu'il est de l'essence de ces associations de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun de ses membres; d'où suit que ces sociétés constituent une personne civile et qu'elles peuvent agir en justice dans les formes et conditions réglées par leurs statuts (5). Cette décision soulève bien des doutes. La prétendue personnification des sociétés civiles nous paraît une erreur certaine. Il y a plus : l'élément essentiel des sociétés fait défaut. Où est le bénéfice que réalisent les associés? La cour répond que c'est la part attribuée à chacun dans la jouissance de la

(1) Delangle, t. I, nº 3, et tous les auteurs.
(2) Rejet, 29 novembre 1831 (Dalloz, au mot *Société*, nº 108).
(3) Paris, 19 août 1851 (Dalloz, 1854, 2, 84).
(4) Rouen, 5 mars 1846 (Dalloz, 1849, 2, 228).
(5) Cassation, 18 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 455).

chose sociale. Ce bénéfice consiste dans un agrément, un plaisir, il n'enrichit certes pas les associés, puisqu'il les assujettit à des dépenses qui dépassent de beaucoup les produits. Pourquoi le plaisir de la chasse suffirait-il pour constituer une personne civile, tandis que les autres agréments ne suffisent pas même pour constituer une société?

151. Il ne suffit pas que le contrat procure un bénéfice pour qu'il y ait société, il faut encore que ce bénéfice soit commun; c'est la doctrine traditionnelle; le code la consacre en disant que la mise en commun doit se faire dans la vue de *partager le bénéfice* qui pourra en résulter (art. 1832); en effet, le partage des bénéfices implique qu'ils sont communs (1). La jurisprudence est en ce sens.

Deux négociants mettent en commun une somme de 2,000 francs pour en jouir alternativement trois mois chacun, pour les besoins de leur commerce respectif. Il a été jugé que cette convention ne formait pas une société. La cour de cassation dit qu'une société ne peut exister sans qu'il y ait un profit à partager entre les associés et sans qu'il y ait une perte à supporter en commun. Or, ce caractère ne se trouvait pas dans la convention litigieuse, puisque la bourse commune n'était jamais employée dans l'intérêt commun des parties, elle était alternativement à leur disposition pour leurs affaires particulières : ce qui exclut l'idée d'une société (2).

Plusieurs personnes possédant une usine en commun conviennent que chacune d'elles l'exploitera tour à tour pour son compte particulier, et à charge d'une simple indemnité envers les autres, pendant un temps déterminé. La cour de cassation a jugé que cette convention ne créait pas entre les contractants des rapports d'associés. L'arrêt attaqué disait très-bien qu'une société ne peut exister qu'entre personnes qui mettent en commun une chose pour en partager les profits; ceux-là seuls sont donc associés qui doivent retirer les bénéfices des affaires

(1) Troplong, n° 16. Pont, t. VII, p. 52, n° 70.
(2) Rejet, 4 juillet 1826 (Dalloz, au mot *Société*, n° 104).

qui se font dans l'intérêt de tous, et qui doivent contribuer aux pertes; or, dans l'espèce, il n'y avait ni contribution aux pertes, ni partage des bénéfices (1).

152. Le caractère de la société que nous examinons donne lieu à un autre ordre de difficultés. Il est incontestable que la participation aux bénéfices éventuels d'une entreprise est de l'essence de la société, et que sans cette participation il n'y a pas de société possible. Mais de là il ne faut pas conclure que toute convention dans laquelle se rencontre cet élément constitue nécessairement une société. Il y a d'autres éléments dont il faut tenir compte. La cour de cassation les énumère dans un arrêt rendu sur le rapport de M. Rau : « Le contrat de société exige comme conditions essentielles de sa formation l'intention des parties de s'associer, une chose mise en commun, et la participation aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise. » Dans l'espèce, l'une des parties que l'on prétendait associée avait fourni des capitaux pour l'exploitation d'une industrie, en stipulant, outre l'intérêt légal, une part dans les bénéfices. On concluait de la participation aux bénéfices qu'il y avait société. La cour répond que cette convention peut constituer un prêt, qu'elle peut aussi constituer une société; il faut voir quelle est l'intention des parties. D'après les termes de l'acte, elles ont voulu faire un prêt; mais il se pourrait que, sous le nom de prêt, elles voulussent cacher une commandite, pour mettre à l'abri des mauvaises chances de l'entreprise le capital que doit fournir le bailleur de fonds. C'est au juge du fait à rechercher si les parties ont entendu mettre le capital en commun; dans ce cas il déclarera qu'il y a société déguisée sous l'apparence d'un prêt. L'arrêt attaqué constatait, au contraire, que les capitaux fournis n'avaient pas été mis en commun, que c'était un prêt remboursable à époque fixe; il constatait encore que dans l'intention des parties, telle qu'elle résultait de l'ensemble des actes et des circonstances de la cause, il s'agissait simplement entre elles d'une opération de prêt, et non de la formation

(1) Rejet, 4 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Industrie*, n° 418).

d'une société en commandite; enfin il était constaté que l'on ne rencontrait dans les actes aucune trace d'une participation aux pertes à laquelle le bailleur de fonds se serait soumis. Donc, malgré la participation aux bénéfices, il n'y avait pas de société (1).

152 *bis*. La même question s'est présentée pour un bail. Contrat par lequel les propriétaires d'une filature la donnent à bail pour douze ans, moyennant un loyer annuel de 25,000 francs et une part dans les bénéfices nets, évaluée à 1/8e pour la seconde année et à 1/4 pour les années suivantes. L'un des preneurs meurt, et l'autre est déclaré en faillite, un mois après qu'un incendie avait détruit les bâtiments de l'usine. Les bailleurs demandèrent à être admis par privilége au passif de la faillite, pour tous les loyers échus et à échoir, en vertu de l'article 2102 (loi hyp., art. 20, n° 1). A cette action les syndics opposèrent que les prétendus bailleurs étaient des associés et tenus comme tels solidairement envers les créanciers sociaux. Il a été jugé par la cour de Riom que l'acte litigieux était un bail; sur le pourvoi il est intervenu un arrêt de rejet (2), fondé sur ce que l'appréciation des juges du fait était souveraine. Les premiers juges invoquaient l'intention des parties résultant des stipulations de l'acte et l'exécution qu'il avait reçue. Il était stipulé dans le contrat que les bailleurs laisseraient dans l'usine le coton qui s'y trouvait, sauf reprise, à l'expiration du bail, des marchandises et provisions de l'usine jusqu'à concurrence d'un maximum de 50,000 francs, clause usuelle dans les baux d'usine : du reste, rien n'indiquait la formation d'une société entre les parties contractantes. La participation aux bénéfices faisait partie du prix de location. Pour y voir la marque d'une association, il aurait fallu des stipulations relatives aux droits et obligations des associés,

(1) Rejet, 8 janvier 1872 (Dalloz, 1872, 1, 194). Comparez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Société*, n° 142 ; Liége, 9 juillet 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 421); Bruxelles. 30 octobre 1828 et 31 mars 1874 (*Pasicrisie*, 1828, p. 311, et 1874, 2, 156), et Pont, t. VII, p. 64, nos 91-93).

(2) Rejet, 9 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 213).

tandis que les fermiers s'étaient toujours considérés comme occupant l'usine à titre de bail.

153. Le même principe reçoit son application á une convention assez usuelle qui intervient entre un auteur et son éditeur. Celui-ci se charge de l'impression; les dépenses sont prélevées sur le produit de la vente et les bénéfices se partagent. Parfois l'auteur s'oblige, en cas d'insuffisance des produits de la vente, à supporter la moitié des frais. Le tribunal de commerce de Paris avait jugé qu'une pareille convention renfermait tous les éléments d'une société commerciale. Chacune des parties fait un apport, l'une des produits de son intelligence, l'autre de ses capitaux et de son industrie; il y a partage des bénéfices ainsi que des pertes. Sur l'appel, la décision a été infirmée, par le motif que l'auteur qui vend son ouvrage ne fait pas acte de commerce. En réalité l'éditeur et l'auteur n'ont pas l'intention de s'associer : l'auteur cède son ouvrage ou une édition de son ouvrage; les éléments que la convention emprunte à la société ne sont que le règlement des droits et obligations résultant de la cession (1).

154. C'est un usage assez répandu parmi les commerçants de donner, à titre de salaire, à un commis, une quote-part des bénéfices. Cette convention fait-elle de l'employé l'associé de son patron? Il nous semble qu'en posant la question on la résout. L'égalité est de l'essence de la société; or, le commis est le subordonné de son chef; celui-ci peut, dans l'opinion générale, congédier l'employé, sauf à lui payer une indemnité quand la résolution du contrat a lieu à contre-temps. Il est impossible que l'employé, qui est tenu d'obéir aux ordres qu'il reçoit d'un supérieur, soit l'égal de celui-ci. D'ailleurs les éléments de la société ne se rencontrent pas dans la convention qui intervient entre le patron et le commis; la participation aux bénéfices ne suffit point, comme nous venons de le dire (n° 152), il faut une chose mise en commun et l'intention de former une société; or, le commis n'a au-

(1) Paris, 10 mars 1843 (Dalloz, au mot *Société*, n° 131).

cun droit dans le fonds commun ; il n'a pas l'intention de devenir associé, car, à ce titre, il devrait supporter les pertes; il loue ses services, et il reçoit, à titre d'honoraires, une part dans les bénéfices (1).

§ IV. *De la participation aux pertes.*

155. Le code ne parle pas de la participation des associés aux pertes. Il a reproduit la définition de Pothier; Domat ajoute que les associés mettent en commun quelque chose pour partager tout ce qu'ils pourront avoir de gain, ou souffrir la perte de ce qu'ils auront mis en société. Les orateurs du Tribunat disent que c'est à dessein que les auteurs du code n'ont pas mentionné dans leur définition la participation aux pertes. Il a paru au Tribunat, dit Gillet, que le projet était plus exact lorsqu'il considérait la communication des pertes comme une simple condition du contrat, et non pas comme son but. Sans doute, dit Boutteville dans son rapport au Tribunat, les parties doivent aussi partager les pertes ; mais, comme très-certainement elles ont principalement en vue d'obtenir et de partager des bénéfices, il serait difficile de ne pas trouver la définition exacte (2).

Parmi les auteurs modernes, les uns critiquent la définition du code civil, tandis que les autres l'approuvent (3). C'est un débat de théorie, car au fond les interprètes du code sont d'accord. Si l'article 1832 ne parle pas de la participation aux pertes, l'article 1853 en parle; il décide que la part des associés dans les bénéfices ou pertes est en proportion de leur mise, et il résulte de l'article 1855 que cette participation aux pertes est de l'essence de la société. En effet, la loi annule la convention qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs

(1) C'est l'opinion des auteurs, et elle est consacrée par la jurisprudence. Voyez les citations dans Pont, t. VII, p. 60, n° 87.

(2) Gillet, Discours, n° 5; Boutteville, Rapport, n° 2 (Locré, t. VII, p. 254 et 247.

(3) Duvergier, p. 23, n° 13; Aubry et Rau, t. IV, p. 544, § 377. Pont, t. VII, p. 6, n° 4.

des associés. Nous dirons plus loin que la nullité de la clause concernant les pertes entraîne la nullité de la société; on peut même soutenir que la clause, et partant la société, est plus que nulle, qu'elle est inexistante. Le code s'est écarté, en ce point, de la doctrine de Pothier, lequel enseigne que l'on peut stipuler que l'un des associés sera affranchi de toute contribution aux pertes. Tel était aussi l'avis de Doneau; et c'est là le motif pour lequel il ne comprenait pas la participation aux pertes parmi les éléments essentiels du contrat de société (1). Les auteurs du code ayant rejeté cette opinion auraient dû adopter de préférence la définition de Domat. Vainement dit-on que l'on ne s'associe pas pour perdre, et que si les associés pouvaient prévoir qu'ils seraient en perte, ils ne formeraient point de contrat de société. Cela n'empêche pas que les associés doivent prévoir le cas de perte, puisque toute entreprise a ses mauvaises chances; la perte étant toujours possible, il faut que la participation aux pertes soit réglée, aussi bien que la participation aux bénéfices. Or, l'égalité, qui est de l'essence des sociétés, veut que les associés contribuent aux pertes, comme ils prennent part aux bénéfices. L'article 1855 a consacré ce principe; donc la définition de l'article 1832 est incomplète.

§ V. *Cause licite.*

156. « Toute société doit avoir un *objet* licite » (article 1833). L'article 1108 place parmi les conditions essentielles des contrats un *objet certain* et une *cause licite*. Ce que l'article 1108 appelle *cause*, l'article 1833 l'appelle *objet*. En effet, dans les contrats synallagmatiques, la cause se confond avec l'objet, en ce sens que la cause de l'obligation contractée par l'une des parties est l'objet de l'engagement de l'autre. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations*, sur la théorie de la cause. Nous avons critiqué cette théorie, et l'article 1833 vient

(1) Pothier, *De la société*, nos 19 et 25. Doneau, lib. X, c. XV, § 7 (t. VIII, p. 61).

à l'appui de notre critique ; la loi n'y parle pas d'une *cause* licite, parce que dans la société il est d'évidence que la *cause* se confond avec l'*objet* (1). Il est inutile d'insister sur ce point. Dans la doctrine que nous avons enseignée sur la cause et sur l'objet des conventions, l'objet licite ou la cause licite forment une seule et même condition, et l'objet illicite a la même conséquence que la cause illicite : c'est que le contrat ne peut avoir aucun effet (art. 1131) ; il est inexistant, comme on dit dans le langage de l'école. On doit donc appliquer à la société dont l'objet est illicite les principes qui régissent les contrats inexistants. La distinction entre les contrats inexistants et les contrats nuls a été exposée au titre des *Obligations*.

157. Quand l'objet de la société est-il illicite? L'objet se confondant avec la cause, il faut appliquer à l'objet ce que l'article 1133 dit de la cause : l'objet est illicite quand il est prohibé par la loi, quand il est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Nous avons expliqué cette disposition, au titre des *Obligations*, en l'appliquant aux sociétés illicites ; il nous reste à compléter l'exposé de la jurisprudence (t. XVI, n^os^ 124-156).

Un décret du 15 janvier 1808 établit à Saint-Etienne une direction sous le nom de *condition* pour la dessiccation des soies ; aux termes du décret, le directeur est nommé par le ministre de l'intérieur, sur la présentation de trois candidats. Deux candidats font une convention par laquelle ils stipulent que l'un d'eux se désiste de sa candidature, à condition que, si l'autre est nommé, il sera son associé, sur un pied d'égalité parfaite, dans la manutention et les émoluments. Le traité, après avoir été exécuté pendant quelque temps, fut attaqué par le directeur en titre comme illicite, contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. On objecta que l'emploi dont il s'agissait n'avait pas les caractères d'une fonction publique. La cour de Lyon annula la convention ; il suffit que l'emploi soit à la disposition du gouvernement pour qu'il ne soit pas permis d'en trafiquer : les offices, quels qu'ils soient, sont

(1) Pont, t. VII, p. 30, n° 40).

hors du commerce, ils ne peuvent pas plus faire l'objet d'un contrat de société que de tout autre contrat (1).

158. Nous avons dit ailleurs que l'esprit de trafic avait envahi en France les offices ministériels et les fonctions publiques depuis qu'une loi a permis aux titulaires de présenter un successeur au gouvernement, ce qui a rétabli de fait la vénalité. En voici un nouvel exemple. Deux personnes, adjudicataires, moyennant une somme de 15,200 francs, de créances d'une valeur nominale de 700,000 francs sur une faillite, forment avec un huissier une société en participation. L'huissier se chargeait de faire, dans l'intérêt de la société, tous les actes de son ministère qui pourraient être nécessaires, et il devait recevoir, à titre de rémunération, outre le coût des actes de procédure, le tiers des bénéfices qui seraient réalisés. Sur la demande en nullité de cette convention, formée contre l'huissier, la cour de Riom décida que ladite société était nulle comme contraire aux lois et à l'ordre public. Elle est contraire aux lois, d'abord parce que le code de procédure (art. 66), en défendant à l'huissier de prêter son ministère à ses parents et alliés en ligne directe, lui défend, à plus forte raison, d'agir dans son intérêt personnel; ensuite le tarif de 1807 défend aux huissiers d'exiger d'autres droits que ceux qui leur sont légalement alloués. La cour ajoute qu'une telle association est pleine de périls pour le public, en ce qu'elle est nécessairement, pour l'officier ministériel, une incessante tentation de forfaire aux devoirs les plus essentiels de sa profession. Sur le pourvoi, la cour de cassation rendit un arrêt de rejet après délibéré en chambre du conseil. La cour suprême ne reproduit pas le motif moral invoqué par l'arrêt attaqué; elle se borne à dire, en termes assez vagues, que l'ordre public veut que l'officier ministériel se renferme dans les bornes de son ministère. Pourquoi ne pas flétrir directement une convention qui met en participation l'accomplissement des devoirs et des attributs attachés à une fonction publique? Les tribunaux doivent maintenir l'ordre

(1) Lyon, 12 janvier 1822 (Dalloz, au mot *Société*, n° 159).

moral quand il se lie aux lois, autant que l'ordre public ; l'article 6 du code civil leur en fait une obligation, puisqu'il défend aux particuliers de déroger par leurs conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; à plus forte raison le code réprouve-t-il comme illicite le trafic d'un office qui se lie à la distribution de la justice. Nous supposons que telle était la pensée de la cour, puisqu'elle déclara la société *inexistante* ; ce qui implique qu'elle était fondée sur une *cause illicite* (1).

159. Il a été jugé que l'acte de société intervenu entre un agréé au tribunal de commerce et un avoué au tribunal civil, ayant pour but de poursuivre toutes sortes d'affaires qui seraient adressées à chacun d'eux, et de partager les émoluments qui en proviendraient, n'avait rien d'illicite (2). Cela est vrai en ce sens que les faits ne constituaient pas le délit de postulation, et c'était à ce titre que la convention était attaquée. Mais restait l'ordre public : peut-on permettre à des officiers ministériels ou à des agréés de considérer l'accomplissement de leur ministère comme un trafic? Rien de plus légitime pour un commerçant que d'étendre le nombre de ses affaires ; l'Etat est intéressé à l'augmentation de la richesse individuelle autant que les particuliers, et le gain est l'âme du commerce. Qui oserait en dire autant des procès? Et si l'on admet que l'on peut légitimement considérer les procès comme un élément de trafic, dont les parties se partagent les émoluments comme s'il s'agissait de café ou de coton, qui ne voit que la passion du lucre sera surexcitée, que les trafiquants en procès feront naître des contestations et porteront devant les tribunaux les plus mauvaises causes, pourvu qu'elles produisent des émoluments? Ecartons des ministères qui se lient à la distribution de la justice toute idée de commerce ; autoriser les spéculations sur les procès, ce serait vicier la justice dans sa source, en altérant le sens moral de ceux qui y concourent.

(1) Rejet, 10 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 1, 290).
(2) Rejet, 13 janvier 1835 (Dalloz, au mot *Avoué*, n° 207).

160. Un avoué s'engage à partager les bénéfices de son étude avec son maître clerc. Il a été jugé que cette convention est valable, parce que la participation aux bénéfices n'est qu'un mode de régler les émoluments auxquels le collaborateur a droit. On a dit que cela est incontestable et que cela ne fait pas même question (1). Il nous reste cependant un scrupule, et l'arrêt de la cour le confirme. On y lit que la possibilité qu'une pareille convention entraînerait des abus ne saurait être une raison de l'annuler, qu'il faudrait d'ailleurs que ces abus eussent été prouvés. Ainsi la cour reconnaît qu'il y a des abus à craindre ; cela suffit pour que la convention soit illicite. En effet, c'est précisément à raison des abus presque inévitables auxquels donnent lieu ces associations, qu'elles sont contraires à l'ordre public ; elles introduisent l'esprit de trafic, de spéculation, disons le mot, de cupidité dans l'exercice d'un ministère qui ne doit avoir en vue que le strict accomplissement de fonctions qui éclairent la justice et qui, par suite, ne doivent avoir d'autre mobile que le sentiment du devoir. Si l'on raisonnait comme le fait la cour de Riom, aucune société ne serait illicite, les abus sont toujours l'exception ; il faudrait donc attendre que des abus se soient produits pour que l'on pût agir en nullité. Tel n'est pas l'esprit de la loi ; elle frappe d'avance de réprobation toute société qui, par son objet, fait craindre des abus. Il faut maintenir cette sévérité de la loi : l'ordre moral, sans lequel il n'y a pas d'ordre social, y est intéressé.

161. La loi punit comme délits les conventions qui ont pour objet d'empêcher les adjudications publiques de s'élever à leur véritable valeur. Il a été jugé que l'on doit considérer comme licite une association en participation formée entre deux individus dans la vue d'obtenir une adjudication, sous la condition que l'un d'eux rétrocédera la moitié à l'autre, et que, s'il garde l'exploitation pour lui seul, il payera une certaine somme à titre de clause pénale. La cour de cassation dit que l'on ne doit regarder

(1) Riom, 22 juillet 1842 (Dalloz. au mot *Société*, n° 168, 1°). Pont, n° 45.

comme contraires à l'ordre public que les associations qui, par le nombre, les qualités, les manœuvres des associés, écartent les enchérisseurs(1). Au point de vue pénal, cela peut être vrai; mais l'article 1133 répute illicites non-seulement les causes prohibées par la loi, mais aussi celles qui sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Or, l'association, dans l'espèce, si elle n'avait pas pour objet d'écarter d'autres enchérisseurs, tendait au moins à empêcher la concurrence entre les deux associés; tandis qu'il est de l'essence de l'adjudication de provoquer une concurrence illimitée. Il nous semble qu'il y a quelque relâchement dans la jurisprudence, du moins une tendance à légitimer des conventions qui conduisent nécessairement à des abus. La sévérité, en cette matière, est dans l'esprit de la loi.

162. La cour de Paris a déclaré illicite une société en nom collectif formée entre un pharmacien et deux médecins pour l'exploitation en commun d'un établissement pharmaceutique. Elle invoque les lois et règlements concernant l'exercice de la pharmacie. Aux termes de la déclaration du 25 avril 1777, les maîtres apothicaires pouvaient seuls avoir laboratoire et officine ouverts, et ils ne pouvaient tenir ces officines qu'autant qu'ils possédaient et exerçaient personnellement leur charge; toute location ou cession de privilége était interdite. La loi du 17 avril 1791 maintint ces dispositions. C'est dans le même esprit que la loi du 25 germinal an XI dispose que nul ne peut avoir une officine de pharmacie sans avoir le titre légal autorisant à prendre une patente de pharmacien. Ces dispositions impliquent prohibition de toute société dans laquelle le pharmacien, renonçant à demeurer seul maître de la direction et de l'exploitation de son établissement, aliénerait sa liberté d'action et compromettrait les garanties d'indépendance et de responsabilité personnelle que la loi exige de lui dans l'intérêt de la santé publique. La cour établit ensuite que la société litigieuse conférait à chacun des associés, donc à ceux qui n'avaient point la

(1) Rejet, 23 avril 1834 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 581, 2º).

qualité de pharmacien, la direction, à titre égal, de l'établissement; ce qui constituait une violation des règles qui régissent l'exercice de la pharmacie (1). Cette décision est parfaitement motivée au point de vue des lois. Mais la convention n'était-elle pas illicite à d'autres égards? Donner à des médecins un intérêt dans un établissement pharmaceutique, n'est-ce pas les placer entre leur intérêt et leur devoir? Supposons qu'ils soient convaincus que la médecine homœopathique soit préférable à la vieille médecine, suivront-ils leur conviction aux dépens de leurs intérêts? Et s'ils ne consultent que leur intérêt, ne prescriront-ils pas des drogues pour augmenter leur dividende, au lieu de ne consulter que l'intérêt du malade? Nous insistons sur ces considérations morales parce que les cours les négligent, et elles sont cependant essentielles.

163. Quel est l'effet de la société illicite? L'article 1131 répond qu'une obligation sur cause illicite ne peut avoir aucun effet. C'est l'application du principe qui régit les contrats inexistants : un contrat inexistant, tel qu'une société illicite, n'existe pas aux yeux de la loi; le législateur ne peut donc lui reconnaître aucun effet. Et quel est l'effet des contrats? C'est de donner une action au créancier contre le débiteur, conformément aux conventions arrêtées par les parties contractantes. Quand la société est illicite, il n'y a pas de société, donc pas d'associé; par conséquent, il ne peut pas y avoir d'action d'un associé contre l'autre.

164. Sur le principe, tout le monde est d'accord, c'est l'application de l'article 1131 à la société. Mais sur les conséquences du principe, les opinions sont très-divisées et les doutes ne manquent point. Nous supposons d'abord que le débat s'élève entre associés. Si la société n'a reçu aucune exécution, la solution est très-simple : il n'y a point de société; donc pas d'action d'un associé contre son coassocié. Le laps de temps ne peut effacer le vice qui entache la société illicite, il n'y a pas de confirmation

(1) Paris, 27 mars 1862 (Dalloz, 1862, 2, 105).

possible; à quelque époque qu'une action soit intentée, le défendeur répondra que le demandeur ne peut pas agir en vertu d'un contrat de société qui n'existe point. Nous ne faisons qu'appliquer à la société illicite les principes que nous avons établis, au titre des *Obligations*, sur les contrats inexistants et, notamment, sur la cause illicite (1).

165. Les difficultés commencent quand les associés ont réalisé leurs apports. Peuvent-ils en exercer la reprise? Nous avons enseigné, au titre des *Obligations*, que ce qui a été payé en vertu d'une obligation sur cause illicite peut être répété (t. XVI, n° 164). Si l'on admet le principe, il faut décider que les associés ont action pour répéter leurs mises. C'est l'opinion assez généralement suivie; toutefois il y a une objection, et elle est sérieuse. L'un des associés est détenteur des apports sociaux; si les autres associés agissent contre lui, il les repoussera en disant qu'il n'y a pas d'action en vertu d'un contrat inexistant; or, c'est bien en vertu du contrat de société que les associés agissent, car ils réclament leurs mises, leurs apports; et peut-il être question d'apports et de mises là où il n'y a pas de société? L'objection a paru sans réplique à Troplong (2). Ecoutons la réponse que l'on y fait. Celui qui détient les mises les a reçues, non comme propriétaire, mais comme dépositaire, en vue d'un emploi convenu entre associés, il est détenteur sans cause; ceux qui agissent en répétition contre lui ne fondent pas leur demande sur la société, ils invoquent, au contraire, l'invalidité de la société (3). Cette doctrine a prévalu dans la jurisprudence (4). Voici les motifs que le tribunal de Nantes a donnés à l'appui de sa décision. Dans l'espèce, une association avait été formée pour l'exploitation d'une étude de notaire, avec clause de partage de bénéfices entre le notaire et son associé, lequel devait lui succéder; mais sa pré-

(1) Voyez le tome XVI de mes *Principes*, p. 213, n° 157; p. 217, n° 160. Dans le même sens, Pont, p. 41, n° 52.

(2) Delamarre et Poitvin, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 51. Troplong, n° 105.

(3) Pont, t. VII, p. 41, n° 53, et les auteurs qu'il cite.

(4) Cour de la Réunion, 18 janvier 1850 (Dalloz, 1855, 1, 5, sans motif). Jugement du tribunal de Nantes, du 23 juin 1845 (Dalloz, 1845, 4, 377).

sentation ne devait avoir lieu qu'après huit années. Le cessionnaire paya 100,000 francs. C'est la répétition de cette somme qui faisait l'objet du débat. Le tribunal a admis la répétition, d'abord par un motif de justice. Il est certain que si les 100,000 francs n'avaient pas été payés, le cédant n'aurait eu aucune action pour en exiger le payement ; il serait injuste qu'il pût retenir ce qu'il n'aurait pas eu le droit de réclamer. L'article 1131 dit que le contrat sur cause illicite ne peut avoir aucun effet, il ne peut pas plus avoir effet pour le passé que pour l'avenir. Puisque la convention doit être écartée, il reste un payement fait sans cause, lequel est sujet à répétition. Le tribunal rejette les distinctions que l'on faisait en droit romain et que nous avons également repoussées (t. XVI, n° 164); il remplace le principe romain par un principe beaucoup plus juste, à notre avis; quand les deux contractants sont également en faute pour avoir contrevenu à la loi, il serait injuste que l'un subît une perte et que l'autre obtînt un bénéfice ; la raison et la justice veulent que la faute ne soit une source de profit pour personne et que les parties soient remises dans la situation où elles se trouvaient avant leur traité illicite.

166. Nous acceptons cette argumentation ; elle nous paraît non-seulement plus morale, mais aussi plus juridique que l'opinion qui refuse toute action en répétition. Une société illicite n'existe pas et n'a jamais existé, c'est le néant; elle est frappée de réprobation dès l'instant où elle a été formée ; donc les effets qu'elle a produits doivent être anéantis, sinon il ne serait pas vrai de dire que le contrat doit être assimilé au néant. Le principe nous paraît incontestable, mais dans l'application il se heurte contre une difficulté très-grave. La société illicite a fonctionné, elle a réalisé des bénéfices, puis elle est déclarée inexistante. Que deviendront les bénéfices? L'associé qui en est détenteur peut-il être actionné en partage? Dans l'opinion traditionnelle admise par la plupart des auteurs, on répond que les associés n'ont pas l'action en partage, parce qu'il ne peut y avoir de partage des bénéfices qu'en vertu du contrat de société, et de contrat il n'y en a pas.

On conclut qu'il faut s'en tenir aux faits accomplis tels qu'ils existent lorsque le contrat est annulé (1).

Ce résultat blesse le sens moral. D'ordinaire toutes les parties sont également en faute; cependant celle que le hasard, peut-être une prévoyance coupable, a rendue dépositaire des bénéfices les retient, elle gagne plus à une société illicite qu'elle n'aurait gagné à une société licite; elle fait donc un bénéfice par suite de sa faute. Cela est immoral, et cela est en opposition avec l'esprit de la loi. L'article 1131 dit que le contrat illicite ne peut avoir aucun effet, et voilà que ce contrat, qu'on assimile au néant, produit néanmoins un effet très-important en assurant tous les bénéfices à l'un des coupables. Est-il bien vrai que la conséquence est logique et nécessaire? Nous croyons qu'il y a moyen de concilier le droit avec le sentiment moral. D'abord on peut invoquer le texte de l'article 1131. Le tribunal de Nantes dit très-bien que la loi refusant tout effet à la société illicite, les parties doivent être replacées dans l'état où elles étaient avant d'avoir contracté. Comment appliquer ce principe quand le contrat a produit des effets? Les faits accomplis ne peuvent pas être anéantis; la nature des choses s'y oppose. Si les bénéfices avaient été partagés, ce partage serait maintenu; il est impossible d'annuler la distribution qui a été faite, il faudrait pour cela anéantir toutes les opérations consommées, c'est-à-dire donner aux tiers qui ont traité avec les associés le droit d'attaquer des conventions librement consenties; nous doutons que le principe de l'inexistence de la société illicite puisse être poussé jusqu'à cette conséquence; en tout cas, on ne l'a jamais proposé. Nous dirons plus loin quel est l'effet de la société illicite à l'égard des tiers; pour le moment, il s'agit de vider une contestation entre associés : un bénéfice a été réalisé et partagé; c'est un fait accompli que l'on ne peut pas anéantir. Si le bénéfice n'a pas été partagé, ne faut-il pas décider que le bénéfice sera distribué entre les associés? Si le partage consommé est validé, malgré l'inexistence de la société illicite, pourquoi

(1) Voyez les citations dans Pont, t. VII, p. 42, n° 54.

ne pourrait-il pas y avoir partage malgré l'annulation de la société? Vainement dit-on que le partage annulé ne peut plus produire d'effet; en réalité, le partage n'est pas annulé et ne peut pas même l'être, car on n'annule pas le néant. Après le jugement, comme avant, la société est inexistante; si le partage fait avant le jugement est validé, pourquoi ne maintiendrait-on pas le partage fait après le jugement ou en vertu du jugement? La situation est identique, le partage se fait après comme avant sans qu'il y ait une société; si on valide l'un, on peut aussi valider l'autre.

Cela est impossible, dit-on, car une société illicite, inexistante comme telle, ne saurait donner lieu à une action judiciaire. Nous répondons que l'action ne se fonde pas sur la société, elle se fonde sur un fait, la communauté qui a existé entre les associés; cette communauté de fait doit être liquidée. Si l'on permet de la liquider pour ce qui concerne le fonds social ou les apports, pourquoi ne permettrait-on pas de la liquider quant aux bénéfices? La distinction que l'on fait entre les bénéfices et les mises est plus subtile que vraie; quand la société est assimilée au néant, il ne peut pas plus y avoir d'apports que de bénéfices; il ne reste qu'un fait, celui de la communauté; ce fait donne lieu à des actions. Et c'est réellement sur la communauté que l'action en partage est fondée, de même que la répétition des apports, et non sur le contrat de société. Supposons que le contrat attribue à l'un des associés une part dans les bénéfices plus grande que la part virile : pourrait-il se prévaloir de cette clause pour réclamer le partage inégal? Non, car il n'a pas d'action en vertu de la société; il ne peut agir qu'en vertu de la communauté de fait, et cette communauté se partage toujours d'après le principe de l'égalité.

On objecte qu'il est impossible d'accorder une action judiciaire en vertu d'un contrat inexistant, surtout quand la cause est illicite. Notre réponse se trouve dans un texte de loi et dans la doctrine qui l'a interprété. Quand le mariage est annulé, les conventions matrimoniales le sont aussi, sauf dans le cas où les époux l'auraient contracté

de bonne foi (art. 201). Les époux se sont mariés sous le régime de la communauté légale : c'est une société de biens universelle. Ce contrat de société ne produira aucun effet. Néanmoins une communauté de fait a existé, elle sera liquidée à ce titre; les époux auront action, en vertu de cette communauté, non-seulement pour la reprise de leurs apports, mais aussi pour le partage des bénéfices. Il peut donc y avoir action en vertu de la communauté, quoique la société que les parties ont voulu former soit nulle. Ceci répond au reproche d'immoralité que l'on pourrait faire à notre doctrine. L'ordre public et les bonnes mœurs s'opposent, dit-on, à ce qu'une société illicite, telle qu'une société pour la contrebande, donne une action en justice à ceux qui sont coupables d'un délit. Nous demanderons si la bigamie n'est pas un crime bien plus grave que la contrebande; cependant les époux bigames ont une action pour la liquidation de la communauté de fait qui a existé entre eux. Il suffit de formuler l'action pour se convaincre qu'elle n'a rien d'immoral; elle n'est pas fondée sur le crime de bigamie, elle est fondée sur la communauté qui a existé entre les bigames. De même l'action des associés, en cas de contrebande, n'est pas fondée sur la contrebande, elle est fondée sur la communauté d'intérêts qui s'est formée entre les contrebandiers; ils n'auront pas d'action en vertu du contrat de société, de même que les époux n'ont pas d'action en vertu de leur contrat de mariage. Mais il y a eu dans les deux cas des intérêts communs; ces intérêts sont un fait, il faut bien que ce fait soit liquidé.

On dira que notre comparaison cloche; la communauté de fait qui se forme entre les époux bigames est par elle-même très-licite, et si le contrat de mariage est annulé, c'est qu'il ne saurait y avoir de conventions matrimoniales entre des personnes qui sont censées n'avoir jamais été mariées. Il en est autrement d'une société illicite : les intérêts communs sont, dans ce cas, illicites, et il y a quelque chose d'immoral à donner une action judiciaire pour régler des intérêts illicites. Nous convenons qu'il y a une nuance entre une société illicite et un contrat de

mariage nul à raison de la bigamie des époux. Mais il reste vrai de dire que, dans le cas de bigamie, la loi annule la société de biens et donne néanmoins aux époux coupables une action pour liquider leurs intérêts communs ; il y a aussi quelque chose d'illicite dans ces intérêts, puisque la communauté de biens s'est formée par suite d'un crime. Cela suffit pour qu'on puisse s'en prévaloir à titre d'analogie. Nous ajouterons que dans toute hypothèse il reste un effet immoral, c'est qu'une société illicite a procuré des bénéfices qui profitent soit à l'un des coupables pour le tout, soit à tous les coupables. Cet effet blesse le sens moral ; mais est-il moins blessé quand l'un des coupables s'empare de tout le bénéfice et ajoute encore l'injustice à sa faute, en s'enrichissant aux dépens de ses coassociés? Le législateur seul pourrait porter remède au mal, en confisquant au profit des établissements de bienfaisance les bénéfices faits par une société illicite.

167. Notre opinion est isolée ; nous devons y insister, moins pour la défendre que pour montrer ce qu'il y a d'incertitude et d'inconséquence dans l'opinion générale. On invoque la tradition romaine ; nous l'écartons du débat, parce que, rejetant les distinctions que l'on faisait en droit romain, nous devons rejeter aussi l'application que l'on en fait à la société illicite. Il n'est pas exact de dire que l'opinion contraire à la nôtre est généralement suivie. Ceux-là mêmes qui la professent en théorie l'abandonnent ou y apportent des exceptions quand il s'agit de l'appliquer. Ainsi Duvergier enseigne que si, au moment où la société est annulée, il reste une chose commune détenue par l'un des associés, celui-ci en peut être dessaisi sur la demande des autres, pour que le partage en soit fait entre tous, comme si une communauté de fait avait existé entre eux. On a dit avec raison que cela est illogique (1). L'inconséquence est évidente, puisque Duvergier admet le principe sur lequel l'opinion générale est fondée. Mais quelle est la raison de cette inconséquence? C'est le sens moral qui se révolte contre la conséquence à laquelle abou-

(1) Duvergier, p. 42, n° 32. En sens contraire, Delangle, n° 102, et Pont, n° 55.

tit l'opinion généralement suivie. L'associé qui détient la chose commune la possède en vertu de la convention illicite, et il prétend se l'approprier au préjudice des autres associés, tout en étant aussi coupable qu'eux. Au point de vue moral, Duvergier a raison, mais il a tort d'accepter le principe juridique qui conduit à une conséquence que le sens moral réprouve.

Toullier fait une autre distinction. Il y a des choses illicites par leur nature, le droit naturel les défend : tels sont les délits ordinaires; une société formée pour le vol et le brigandage ne peut jamais donner lieu à une action en justice. D'autres choses sont défendues seulement par le droit civil, c'est-à-dire par un droit arbitraire et sujet au changement : telle est la contrebande; le contrat, une fois la loi pénale satisfaite, devrait être considéré comme valable. Il est vrai que les lois prohibitives sont variables, mais, tant qu'elles subsistent, elles doivent être obéies; et si l'on y contrevient, les conventions sont illicites dans le sens des articles 6, 1131 et 1133. Cela n'est pas douteux. En réalité, la distinction de Toullier aboutit à donner action en vertu d'une convention illicite; en effet, il n'y a guère d'association pour le meurtre et pour l'adultère, ce sont des exemples donnés par Toullier; et s'il y a des associations qui ont pour objet le vol et le brigandage, on ne les a jamais vues agir en justice civile; les associés ne figurent que sur les bancs des criminels (1).

168. La jurisprudence n'a pas de principe certain, elle se décide d'après la faveur ou la défaveur attachées aux associations considérées comme illicites. Avant la loi française du 2 juillet 1862, les sociétés formées pour l'exploitation des charges d'agent de change étaient réputées illicites; néanmoins la jurisprudence, tout en les frappant de nullité pour l'avenir, leur donnait effet quant au passé. Les cours appliquèrent la même doctrine, pour mieux dire, elles montrèrent la même indulgence pour les sociétés qui ont pour objet un office; elles vont plus loin que nous; dans notre opinion, il n'y a jamais action qu'en

(1) Toullier, t. III, 2, p. 75, nos 125-127. En sens contraire, Troplong, nº 102, et tous les auteurs (Pont, nº 56).

vertu de la communauté de fait qui a existé entre les associés ; tandis que la jurisprudence procède au partage de l'actif et du passif d'après les bases établies par les conventions sociales. Toutefois ce n'est pas là une doctrine; il y a des arrêts plus sévères qui, en déclarant nulle la société formée pour l'exploitation d'un office, interdisent aux parties toute action en révision des comptes et même en répétition des sommes touchées. Quels sont les motifs de cette faveur et de cette défaveur? On chercherait vainement un principe dans ces décisions ; toujours est-il que la jurisprudence recule le plus souvent devant l'application du principe établi par la doctrine : c'est le sens moral qui décide, et, à ce point de vue, les juges admettront toujours difficilement que l'une des parties contractantes retienne, au préjudice des autres, le bénéfice fait en commun (1).

169. Quel est l'effet de la société illicite à l'égard des tiers? Il s'agit de savoir si les associés peuvent se prévaloir de la nullité contre les tiers et si les tiers peuvent s'en prévaloir contre les associés. La question est controversée. Si l'on admet, comme nous venons de le dire, que la société illicite est un contrat inexistant, il faut appliquer les principes qui régissent ces contrats ; or, ce qui les caractérise, c'est que la loi n'en reconnaissant pas l'existence, par des motifs d'ordre public, toute personne intéressée peut en invoquer la nullité, pour mieux dire, l'inexistence (2). Quand même on n'admettrait pas la distinction entre les contrats inexistants et les contrats simplement nuls ou annulables, on arriverait à la même conclusion quand la cause du contrat est illicite; en effet, la nullité est, en ce cas, d'ordre public; et quand l'intérêt public exige l'annulation, la loi donne action à toute partie inté-

(1) Voyez les arrêts cités par Pont, t. VII, p. 44, n° 57. Il faut ajouter Paris, 17 mars 1861 (Dalloz, 1862, 2, 105). Cet arrêt se rapproche de notre opinion. Tout en déclarant nulle, d'une nullité radicale, une association en nom collectif entre un pharmacien et deux médecins, la cour ajoute qu'elle a créé entre les parties une *communauté d'intérêts*, laquelle, d'après l'état des faits de la cause, doit être réglée dans les termes de la convention qui l'a constituée.

(2) Voyez le tome I de mes *Principes*, p. 106, nos 71 et 72.

ressée. Donc il n'y a pas à distinguer entre les associés et les tiers ; il faut s'en tenir aux termes absolus de l'article 1131 : les conventions sur une cause illicite ne peuvent avoir aucun effet.

Les auteurs sont divisés. Il y en a qui distinguent : les associés ne peuvent invoquer la nullité contre les tiers, tandis que les tiers peuvent se prévaloir de la nullité contre les associés. On fonde cette distinction sur l'article 42 du code de commerce (art. 11 de la loi du 18 mai 1873), qui concerne la nullité résultant du défaut de publicité des sociétés commerciales (1). A notre avis, il n'y a aucune analogie entre une nullité établie uniquement dans l'intérêt des tiers qui contractent avec la société et une nullité d'ordre public, nullité qui prive le contrat de tout effet et le rend inexistant aux yeux de la loi. M. Pont propose une autre distinction. Quand les tiers connaissent ou ont pu connaître le caractère illicite de la convention, les parties peuvent leur opposer la nullité pour écarter l'effet de l'acte ; mais quand les tiers ignoraient la nature de la société, les parties ne peuvent pas se prévaloir contre eux de la nullité. L'article 1131 repousse cette distinction aussi bien que la première ; et, dans la théorie de l'inexistence des conventions illicites, on ne conçoit pas même que l'on distingue : le néant peut-il être validé et produire des effets parce que les tiers ignorent la cause qui rend le contrat inexistant? Leur bonne foi ne peut pas donner à la société une existence légale qu'elle n'a point.

La jurisprudence a peu d'autorité en cette matière, parce qu'elle manque d'un principe certain. Tout en admettant que la convention pour l'exploitation d'un office est entachée d'une nullité radicale, elle donne effet à la société entre associés quand il s'agit d'une charge d'agent de change. A l'égard des tiers, la cour de Lyon a décidé qu'ils n'avaient point l'action solidaire qui leur appartiendrait si la société était licite ; toutefois elle leur a reconnu une action contre chacun des associés individuellement dans la proportion de son intérêt dans la société illicite.

(1) Talon, *Etude sur le contrat de société*, p. 89 et suiv. En sens contraire, Pont, t. VII, p. 39, n° 50.

Ces décisions diverses sont tout à fait arbitraires, elles sont à peine motivées; les cours jugent en fait et font elles-mêmes la loi qu'elles appliquent. D'autres cours décident que les sociétés illicites pour l'exploitation d'un office ne peuvent pas être invoquées par les tiers, sans motiver leur décision, sinon sur le caractère illicite de la convention, qui ne permet pas de lui donner un effet à l'égard des tiers. Ces décisions contradictoires prouvent l'absence de tout principe (1).

§ VI. *Forme.*

170. L'article 1834 porte : « Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs. La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. » Cette disposition est la reproduction littérale de l'article 1341, qu'elle ne fait qu'appliquer au contrat de société. La loi entend donc maintenir, en ce qui concerne la société, les règles qu'elle établit, au titre des *Obligations*, sur la preuve testimoniale. Cela est d'évidence pour les principes formulés par l'article 1341, puisque l'article 1834 les reproduit textuellement. Il en est de même des exceptions que la loi apporte à ces règles, et, en termes plus généraux, il faut dire que la société reste sous l'empire du droit commun quant à la preuve. Les dispositions que le code contient sur la preuve des obligations sont générales de leur nature; elles reçoivent leur application à tous les contrats, à moins que le code n'y ait dérogé. Or, au titre de la *Société*, il ne se trouve aucune dérogation au droit commun; cela est décisif.

On pourrait objecter que l'article 1834, en reproduisant une disposition du chapitre des preuves, exclut par cela même les autres, au moins celles qui concernent la preuve

(1) Rejet, 15 décembre 1851 (Dalloz, 1852, 1, 71); Lyon, 28 février 1853 (Dalloz, 1853, 2, 207); Rennes, 9 avril 1851 (Dalloz, 1853, 2, 208).

testimoniale. C'est un argument tiré du silence de la loi; mauvaise argumentation quand elle tend à déroger aux principes généraux de droit. Dans l'espèce, elle doit être rejetée sans hésitation; on ne peut pas se prévaloir de l'article 1834 pour en induire que l'intention des auteurs du code a été de déroger au droit commun qui régit les preuves, car eux-mêmes ont pris soin de nous dire le motif pour lequel ils ont reproduit, au titre de la *Société*, la disposition de l'article 1341. Il y avait dans l'ancien droit des sociétés tacites, connues sous le nom de *sociétés taisibles* ou de *compagnies;* c'étaient des sociétés universelles qui se formaient, entre parents ou amis, par le seul fait de l'habitation et vie communes pendant an et jour, avec communication de gain ou de pertes. On pouvait les prouver par témoins. Déjà, lors de la rédaction du code, elles n'existaient plus dans un grand nombre de provinces; l'objet de l'article 1834 a été de les abroger, en ce sens que l'on n'est plus admis à prouver par témoins une société quelconque dès que l'objet est d'une valeur de plus de 150 francs. Cela a été dit en termes formels par les orateurs du Tribunat. On lit dans le rapport de Boutteville : « Les associations connues de nos aïeux sous le nom de *sociétés taisibles*, et qui se formaient par le seul fait de la cohabitation, ne convenaient plus depuis longtemps à nos mœurs; le projet a le soin de rappeler le *principe général* qui veut que toute convention ayant pour objet une valeur au-dessus de 150 francs soit rédigée par écrit. » « Cette disposition (l'article 1834), dit Gillet, fait cesser une institution dont l'observateur aime à contempler les derniers vestiges, celle des communautés tacites. Des familles unies depuis plusieurs siècles sous le titre de *copersonniers* avaient honoré cette institution, qui portait dans les mœurs quelque image de l'antiquité patriarcale. Mais la maturité de notre civilisation ne permet plus de conserver l'idée de ces usages que comme d'intéressants souvenirs. »

Les orateurs du Tribunat s'expriment dans des termes trop absolus. Il n'est pas exact de dire que le code a entendu abolir une antique institution, image des mœurs

patriarcales. Il est toujours libre à des familles liées par l'amitié de s'unir et de former une société universelle de gains, mais elles ne peuvent plus prouver leur association par témoins. L'innovation ne porte donc que sur la preuve. Ainsi limitée, elle se comprend. En lisant les discours des tribuns, on se demande pourquoi le législateur a abrogé d'antiques associations que l'affection avait formées et qu'une amitié héréditaire perpétuait. A vrai dire, l'abolition se borne à rejeter la preuve testimoniale. Et il y avait pour cela d'excellentes raisons. Tant que le lien de la confraternité subsistait, on pouvait se passer de la preuve écrite, car il n'y avait pas de procès. Mais la concorde des copersonniers pouvait faire place à la division et à des débats judiciaires. Le tribunal d'appel de Paris nous dit que ces débats étaient fréquents et d'une décision difficile; il applaudit à l'innovation. « On doit louer, dit-il, les auteurs du projet de code d'avoir supprimé ce débris de nos institutions gothiques. Les sociétés taisibles forment une exception dangereuse à la règle, si sage et si nécessaire, posée par l'ordonnance de Moulins, qui défend d'admettre la preuve testimoniale en matière de conventions, au delà d'une certaine somme. Elles présentent, d'ailleurs, un fait difficile à constater, compliqué dans ses détails, souvent obscur et très-équivoque, et il en résulte beaucoup de procès (1). » Telle est la véritable explication de l'article 1834, et elle le justifie complétement.

171. L'article 1834, loin de déroger au droit commun, a donc eu pour but d'appliquer le droit commun à une espèce de sociétés pour laquelle l'ancienne jurisprudence avait admis une exception. En partant de ce principe, il est facile de résoudre les difficultés qui se sont présentées dans l'application de la loi. De difficultés réelles il n'y en a pas; celles qui ont été portées devant les tribunaux reçoivent leur solution par les règles que nous avons exposées au titre des *Obligations*. L'article 1834, en disant que toutes sociétés doivent être rédigées par écrit lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs, entend-il

(1) Fenet, *Recueil des travaux préparatoires*, t. V, p. 279. Pont, nº 138.

que les sociétés ne peuvent se prouver que par un acte authentique ou sous seing privé? Non, certes; l'article 1834 a le même sens que l'article 1341, dont il est la reproduction : il interdit la preuve testimoniale de la société dont l'objet dépasse la valeur de 150 francs. Comment se prouve la société dans le cas où la preuve par témoins n'est pas admise? L'article 1834 ne répond pas à cette question ; la réponse se trouve au titre des *Obligations*.

172. Une première conséquence dérive de ce principe, c'est que l'écrit n'est pas nécessaire pour la validité du contrat de société; l'article 1834 ne décide qu'une question de preuve. Treilhard le dit dans l'Exposé des motifs, et la chose est si évidente, qu'il était inutile de le dire. « La formalité d'une écriture n'est pas nécessaire pour la substance d'un contrat; elle est prescrite seulement pour la preuve. Le contrat est parfait entre les parties contractantes par le consentement et indépendamment de tout écrit, mais les tribunaux n'en peuvent reconnaître l'existence que lorsqu'elle est prouvée; et la prudence ne permet pas d'admettre d'autres preuves que celles qui résultent d'un acte quand il a été possible d'en faire. Cette disposition n'est pas particulière au contrat de société, elle s'applique à toute espèce de conventions. »

173. La preuve par écrit se fait ou par acte authentique ou par acte sous seing privé. Nous laissons de côté les actes notariés, qui n'ont donné lieu à aucune difficulté en matière de société. Quant aux actes sous seing privé qui constatent la société, ils sont soumis à l'article 1325, puisque la société est un contrat synallagmatique. Il a été jugé que la société est inexistante si l'acte n'est pas signé de toutes les parties (1). La décision est trop absolue, à notre avis. En droit, l'écrit n'est pas nécessaire pour que la société existe; ce n'est qu'une question de preuve (n° 172). Le contrat ne serait inexistant que si le défaut de signature de l'une des parties était une preuve que la convention n'a pas été formée; cela peut être, cela peut aussi ne

(1) Bruxelles, 5 janvier 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 271).

pas être, comme nous l'avons dit au titre des *Obligations* (t. XIX, n° 122). Dans l'espèce, la chose était douteuse; on prétendait que la convention avait été exécutée; la cour aurait dû admettre la preuve de ce fait, car il en résultait à l'évidence que la société avait réellement été formée : on n'exécute pas de simples pourparlers. La preuve de l'existence de la société peut-elle résulter d'écritures qui ne sont pas rédigées dans les formes prescrites par l'article 1325? Dans notre opinion, la négative est certaine. Nous avons enseigné, au titre des *Obligations* (t. XIX, n° 224), que la correspondance des parties ne peut pas servir de preuve littérale; à plus forte raison les parties ne peuvent-elles pas alléguer d'autres écritures. L'opinion contraire est généralement admise; on enseigne que des écrits quelconques suffisent quand les parties y reconnaissent qu'elles sont ou ont été associées. Que fait-on de l'article 1325 dans cette opinion ? On l'écarte par la raison que l'article 1834 n'exige pas que les parties produisent un acte rédigé dans les formes de l'article 1325; il se contente d'un écrit, c'est-à-dire d'une preuve littérale quelconque. Nous répondons que l'article 1834 ne fait que reproduire l'article 1341; et, aux termes de cette disposition, « il doit être passé *acte* devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou la valeur de 150 francs. » La loi exige donc un *acte*; et de même que l'*acte authentique* ne peut être invoqué comme preuve que lorsqu'il réunit toutes les conditions requises pour l'authenticité, de même l'*acte sous signature privée* n'existe comme preuve légale que lorsque les formalités de l'article 1325 ont été observées. Admettre tout écrit comme preuve littérale, c'est bouleverser le système de preuves organisé par le code civil; la loi détermine la force probante des écritures qui n'ont pas été dressées pour constater le fait litigieux, elle leur donne la force d'un commencement de preuve par écrit (art. 1347); par exception elle y attache une foi plus grande, mais c'est sous les conditions qu'elle détermine (art. 1329 et suiv.). Ces écritures ne sont pas des actes, dans la théorie du code; elles ne peuvent donc pas, en principe, être alléguées

comme preuve littérale; or, les articles 1341 et 1834 exigent un *acte*, donc un écrit dressé conformément aux prescriptions de la loi; cela nous semble décisif (1).

La jurisprudence paraît contraire à notre opinion. Mais les arrêts que l'on cite (2) ne sont que des décisions d'espèce, la question de droit n'y est pas agitée. Et en fait elle ne se présente guère. La correspondance des parties vaut comme commencement de preuve; et, dans ce cas, la loi admet non-seulement la preuve testimoniale, mais aussi les simples présomptions qui découlent des faits et des circonstances de la cause, et ces présomptions sont abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats; de là suit que les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation à peu près discrétionnaire dès qu'il existe des lettres dont les parties peuvent se prévaloir comme d'un commencement de preuve par écrit. Il y a encore une difficulté en ce qui concerne la preuve résultant de la correspondance. Peut-elle être invoquée pour prouver l'aveu que l'une des parties aurait fait sur l'objet de la contestation? Nous avons dit ailleurs que l'on ne doit pas confondre l'aveu avec la preuve littérale (t. XX, n° 166). On recourt à l'aveu quand il n'existe pas de preuve littérale. Comment l'aveu se prouve-t-il? D'après le droit commun. Or, l'aveu n'est pas un contrat bilatéral; donc il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1325 (3).

174. Aux termes de l'article 1834, la preuve testimoniale est admise lorsque l'objet de la société est d'une valeur de moins de 150 francs. Que faut-il entendre par le mot *objet?* La question est controversée; elle ne devrait pas l'être, puisqu'elle est décidée par le texte de la loi. Il s'agit de savoir si par le mot *objet* on entend l'objet de la société, c'est-à-dire le montant réuni des apports, ou l'objet de la demande faite en justice. L'article 1834 décide la question; il parle de l'objet de la société, donc des

(1) Pont, t. VII, p. 106, n° 135. En sens contraire, Troplong, n° 205, et les auteurs cités par Pont.

(2) Troplong. n° 204. Comparez Pont, n° 135. Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Société*, n° 265.

(3) Comparez ce que nous avons dit au titre du *Louage*, t. XXV, n° 66.

apports. Si donc les apports dépassent la somme de 150 francs, la preuve par témoins ne sera pas admise, bien que la demande soit inférieure à cette somme; tandis que la preuve testimoniale sera recevable si les apports étaient inférieurs à ladite somme, quand même la demande s'élèverait à un chiffre plus considérable. Le texte de l'article 1834 est en harmonie avec les principes qui régissent la preuve testimoniale. Pour savoir si la preuve par témoins est recevable, on a égard, non au chiffre de la demande judiciaire, mais au montant pécuniaire de la convention au moment où elle se forme; parce que c'est à ce moment que les parties contractantes doivent savoir si elles ont intérêt ou non à rédiger un acte. Si, lors du contrat, les apports dépassent la valeur de 150 francs, il doit être passé acte de la société; ce sont les termes de l'article 1341. Si les apports ne dépassent pas ce chiffre, il ne doit pas être passé acte; c'est dire que la preuve testimoniale est admissible. C'est l'opinion généralement suivie(1). Nous croyons inutile de combattre l'opinion contraire; quand le texte est formel, il ne devrait pas y avoir de controverse.

175. Le principe établi par l'article 1834 est général, il ne reçoit d'exception que pour les sociétés de commerce en participation, la preuve par témoins étant indéfiniment admise en matière commerciale. Dans le projet de code civil, tel qu'il fut présenté au conseil d'Etat, on faisait une exception pour les sociétés contractées en foire ou pour affaires de foire. Il paraît que cette disposition fut adoptée; elle a disparu de la rédaction définitive, sans que l'on sache comment elle a été effacée. Le silence de la loi suffit pour trancher toute difficulté; elle dit *toute* société, et elle n'admet aucune exception, sauf celle qui résulte du droit commercial; si donc une société se contractait en foire de marchand à marchand, ou si elle avait pour objet un acte de commerce, la société étant commerciale, la preuve par témoins serait admise (loi du 25 mai 1873, art. 1) (2).

(1) Pont, t. VII, p. 115. nos 145 et 146, et les autorités qu'il cite.
(2) Pont, t. VII, p. 111, no 140.

La cour de Besançon avait jugé, par un premier arrêt, que l'article 1834 n'était pas applicable aux associations fromagères qui depuis un temps immémorial existent dans les montagnes du Jura. Les habitants des diverses communes ont la faculté de faire recevoir le lait de leurs vaches dans le chalet destiné à la fabrication des fromages; espèce de communauté qui leur assure le moyen de tirer de leurs propriétés le seul parti qu'ils puissent en obtenir. Ce sont les termes de l'arrêt; il admet que la force des choses et une antique tradition dérogent au droit commun. La cour est revenue sur cette jurisprudence qui, en droit, ne saurait se justifier. En effet, les anciens usages sont abrogés par le code civil, et il ne peut pas se former d'usage nouveau contraire à la loi (1).

Il a été jugé, par application du même principe, que les relations établies entre concubins n'impliquaient pas l'existence d'une société de biens. Ils sont libres, sans doute, de former une société, mais ils doivent en prouver l'existence conformément au droit commun; l'article 1834 doit donc recevoir son application (2).

176. L'article 1834 dit que toutes sociétés doivent être rédigées par écrit. On a prétendu que ces termes impératifs et absolus excluaient la preuve testimoniale, alors même qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit. C'est une erreur qui est condamnée par la doctrine et par une jurisprudence constante. On comprend à peine que la question ait été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation. L'article 1834, loin de déroger au droit commun, a eu pour objet de soumettre au droit commun des sociétés qui, dans l'ancienne jurisprudence, en étaient exceptées (nos 170 et 171); en reproduisant les règles de l'article 1341 dans l'article 1834, le législateur n'a donc pas entendu écarter les exceptions que ces règles reçoivent, notamment celle de l'article 1347; le droit commun doit, par conséquent, recevoir son application, par la raison que la loi n'y déroge point. La cour de cassation l'a toujours jugé ainsi; nous nous bornons à rap-

(1) Besançon, 28 décembre 1842, et 23 avril 1845 (Dalloz, 1847, 2, 15).
(2) Paris, 19 août 1851 (Dalloz, 1854, 2, 84). Pont, n° 139.

porter le dernier arrêt qui a été rendu dans des circonstances remarquables. Deux amis, l'un pauvre, l'autre riche, avaient passé en commun une grande partie de leur vie, de 1817 à 1850. Celui qui ne possédait rien en propre vint à prédécéder. Ses héritiers commencèrent par faire casser un testament que le défunt avait fait au profit de son ami. Puis ils revendiquèrent toutes les valeurs inventoriées après le décès de leur auteur; or, il se trouvait que ces valeurs provenaient de placements faits, à la vérité, par le défunt, mais avec les deniers appartenant à son ami. La cour de Dijon décida qu'il y avait eu entre les deux amis une société universelle de biens et que, par conséquent, les placements faits par l'un d'eux l'avaient été par portions égales. Pourvoi en cassation, admis par la chambre des requêtes, rejeté par la chambre civile. Il y avait un motif de douter. Des placements avaient été faits par le défunt, en son nom, par actes authentiques : n'était-ce pas méconnaître la foi due aux actes authentiques que de déclarer communes des valeurs qui, en vertu de ces actes, étaient la propriété exclusive du défunt? La cour de cassation commence par établir que la société universelle de biens peut être prouvée par témoins et par présomptions lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Or, il existait, dans l'espèce, des écrits émanés des deux amis, et confirmés par des faits nombreux d'exécution. La société universelle étant prouvée, les placements faits par l'un des associés devaient être considérés comme étant communs à l'autre. On prétendait que le défunt était donataire des valeurs créées en son nom. L'arrêt attaqué répondait à l'objection : la qualité d'associé répugne à celle de donataire quand la société est universelle. Une autre circonstance excluait toute idée de libéralité entre-vifs : c'est qu'il existait deux testaments mutuels, par lesquels le survivant des deux amis devait recueillir la part du prédécédé dans les biens communs (1).

(1) Rejet, 17 février 1858 (Dalloz, 1858, 1, 124). Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Société*, n° 256. Il faut ajouter Orléans, 26 août 1869 (Dalloz, 1869, 2, 185). Comparez Pont, t. VII, p. 121, n° 149.

Quand y a-t-il commencement de preuve par écrit? On admet le commencement de preuve par écrit en vertu du droit commun; c'est donc aussi le droit commun qu'il faut appliquer pour déterminer les caractères de cette demi-preuve. Nous renvoyons au titre des *Obligations* sur les nombreuses difficultés qui s'élèvent en cette matière (1). Il y en a une qui se présente surtout dans la société. Ce n'est pas un contrat ayant pour objet un seul fait juridique, comme la vente ou le louage; les relations multiples qui en résultent nécessitent des clauses plus ou moins nombreuses. Suffira-t-il qu'il y ait un commencement de preuve par écrit de l'existence de la société pour que les parties intéressées soient admises à prouver par témoins toutes les clauses sur lesquelles il peut s'élever un litige? Non, la preuve doit porter sur le fait qui est contesté; donc le commencement de preuve par écrit doit porter sur le même fait. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. On invoquait une clause du contrat aux termes de laquelle chaque associé, quoique libre de vendre son intérêt, ne pouvait en disposer qu'après l'avoir offert à la compagnie, laquelle se réservait le droit de retrait dans un délai déterminé. L'existence de cette clause fut déniée. Néanmoins les premiers juges décidèrent qu'il résultait de tous les faits de la cause des présomptions graves, précises et concordantes de l'existence de la société et, notamment, de la clause litigieuse. Pourvoi en cassation. La cour prononça un arrêt de rejet, par le motif que les juges du fond ayant reconnu et pu reconnaître, par l'examen des registres de la société, un commencement de preuve par écrit de l'existence de l'acte de société et de la teneur de la clause litigieuse, il leur appartenait d'admettre et d'apprécier les présomptions qui formaient le complément de la preuve (2).

177. Le deuxième alinéa de l'article 1834 applique à la preuve de la société la règle que *lettres passent témoins*.

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Société*, nos 264 et 265.

(2) Rejet, 17 avril 1834 (Dalloz, au mot *Société*, no 256, 7°, et Pont, t. VII, p. 122, no 151.

Il est dit dans un acte que la société est formée entre quatre personnes qui y sont dénommées. Une personne non mentionnée dans l'écrit prétend qu'elle est aussi associée, et elle demande à en faire preuve par témoins. La demande a été rejetée, et elle devait l'être, puisque c'eût été prouver outre le contenu en l'acte; ce que l'article 1341 défend (1). L'application n'est pas douteuse; quant au principe, nous renvoyons au titre des *Obligations*.

178. Nous avons supposé jusqu'ici que la preuve de la société doit être faite par l'un des associés. Que faut-il décider quant aux tiers? Sont-ils admis à prouver par témoins qu'il existe une société entre ceux qui ont traité avec eux à titre d'associés? La question est controversée. En principe, l'article 1834 s'applique aux tiers comme aux parties; la règle qui interdit la preuve testimoniale quand le fait litigieux a une valeur de plus de 150 francs est absolue, et les motifs sur lesquels elle est fondée sont également absolus. Mais cette règle reçoit une exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale du fait litigieux. Or, le tiers qui traite avec des associés peut bien demander que la convention soit constatée par écrit, mais il ne peut pas se procurer une preuve littérale de la société avec laquelle il traite, car il est étranger au contrat qui intervient entre les associés. Mais ne peut-on pas objecter qu'il dépend de lui d'exiger que les associés avec lesquels il traite produisent l'acte de société? Il est certain qu'il peut refuser de traiter si l'acte n'est pas produit; et s'il n'y a pas d'écrit, il peut exiger qu'il en soit dressé un; on ne peut donc pas dire qu'il se soit trouvé dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de l'existence de la société.

Les auteurs qui discutent la question ne citent pas l'article 1348 (2). Si l'on en fait abstraction, il n'y a plus de doute; dès qu'il n'y a pas d'exception, on reste sous l'empire de la règle. La jurisprudence a décidé que l'arti-

(1) Toulouse, 29 novembre 1811 (Dalloz, au mot *Société*, n° 251).
(2) Duvergier, p. 116, n^os^ 77 et 78. Pont, p. 127, n° 158.

cle 1834 n'est pas applicable aux tiers, mais les motifs qu'elle donne sont peu concluants. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que l'article 1834 ne regarde que les associés entre eux, qu'il ne peut être opposé à un créancier qui a contracté sous la foi d'une société publiquement reconnue (1). C'est affirmer, ce n'est pas prouver. La reconnaissance publique est une notoriété; or, la loi n'admet pas la notoriété comme preuve. On cite encore deux autres arrêts de la cour de cassation; mais dans ces espèces il y avait des écrits, quoiqu'il n'y eût pas d'actes; la question était donc toute différente, il s'agissait de savoir si une preuve littérale quelconque suffit; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur ce point (n° 173).

179. La loi du 18 mai 1873, qui a remplacé le titre IX du livre I^er^ du code de commerce, prescrit des formalités spéciales pour les sociétés commerciales. Elles doivent être constatées par acte authentique ou par acte sous signature privée, et elles doivent être rendues publiques. La loi ne fait d'exception que pour les associations momentanées et les associations en participation, qui restent sous l'empire du droit commun (art. 4-14).

Les sociétés civiles ne doivent pas être publiées, sauf l'application des lois nouvelles, qui exigent la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers. Nous dirons, au titre des *Hypothèques*, si les sociétés sont comprises dans ces actes.

180. L'article 1690 est-il applicable à la mise en société d'une créance? Quand la société est commerciale, l'affirmative est certaine; ces sociétés forment une personne civile; l'apport de la créance constitue donc une transmission de propriété, l'associé cesse d'être propriétaire de la créance qu'il met dans le fonds social. Partant on est dans les termes et dans l'esprit de l'article 1690 (2). Il en est de même quand la société est civile, dans l'opinion de ceux qui admettent que toute société est une personne civile. Mais la question devient douteuse dans l'opi-

(1) Rejet, 23 novembre 1812 (Dalloz, au mot *Société*, n° 874, 2°).
(2) Rejet, 28 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1, 445).

nion qui n'admet pas la personnification des sociétés civiles. Nous y reviendrons.

§ VII. *La société forme-t-elle une personne civile?*

181. Cette question, très-controversée sous l'empire de la législation française, a été tranchée par la loi belge du 18 mai 1873. L'article 2 est ainsi conçu : « La loi reconnaît cinq espèces de sociétés commerciales : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société anonyme, la société en commandite par actions, la société coopérative. Chacune d'elles constitue une *individualité juridique* distincte de celle des associés. » « Il y a en outre, dit l'article 3, des associations commerciales momentanées et des associations commerciales en participation, auxquelles la loi ne reconnaît aucune *individualité juridique.* » La loi appelle *individualité juridique* ce que la doctrine nomme personne civile ou morale ; dans le langage de l'école, on dit que la loi a accordé la personnification aux sociétés de commerce, à l'exception des associations momentanées et des associations en participation. Celles-ci restent sous l'empire du droit commun ; le droit commun est donc que la société n'a point d'individualité juridique distincte de celle des associés ; la société se confond avec les associés (1).

182. La controverse qui existait sous l'empire du code Napoléon n'est donc plus que de l'histoire ; nous croyons inutile de nous y arrêter. Ceux de nos lecteurs qui voudraient la connaître peuvent consulter une excellente dissertation de M. Thiry, notre savant collègue de l'université de Liége (2). Nous nous bornons à déduire les conséquences qui découlent du principe consacré implicitement par la loi de 1873, sauf à revenir sur les difficultés qu'elles présentent là où est le siége de la matière.

(1) Sauf l'application des lois spéciales. D'après la loi du 3 avril 1851, les sociétés de secours mutuels légalement reconnues jouissent de la personnification civile. Cassation, 18 juin 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 1, 476).

(2) *Revue critique de législation*, t. V, 4e année, p. 412, et t. VII, 5e année, p. 289. Comparez un arrêt très-bien fait de Bruxelles, 21 avril 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 200).

Les personnes civiles sont capables d'acquérir et de posséder; quand la société a une individualité juridique distincte de celle de ses membres, c'est la société qui acquiert et qui possède. Il n'en est pas de même des sociétés civiles; elles n'ont pas d'existence légale, elles ne peuvent donc pas être propriétaires; ce sont les associés qui acquièrent et qui possèdent en commun et par indivis, les biens qui forment le fonds social. Lors donc que le code parle de biens qui appartiennent à la société (art. 1859), ou de choses dont la propriété est apportée à la société (art. 1867), il entend par société les associés; les associés ont une propriété commune indivise sur les biens sociaux, et ils ont ou ils peuvent avoir des biens qui sont leur propriété exclusive; c'est pour distinguer les biens qui sont la copropriété indivise des associés de ceux qui leur appartiennent en propre, que la loi parle des biens de la société : simple manière de s'exprimer qui évite les longueurs et rend l'idée plus claire. Du principe que les associés sont copropriétaires des biens sociaux, faut-il conclure que chacun d'eux peut les hypothéquer? Nous reviendrons sur la question.

Les associés ont un droit dans les biens qui forment le fonds social. Aux termes de l'article 529, ce droit est mobilier quand il s'agit d'une compagnie de finance, de commerce ou d'industrie, encore que les compagnies possèdent des immeubles. La raison en est que les immeubles appartiennent, non aux associés, mais à la société, puisque les compagnies dont parle l'article 529 sont des personnes civiles. Quand la société est civile, les associés sont propriétaires par indivis des biens qui constituent le fonds social; la nature de leur droit est déterminée par l'objet sur lequel il porte. Si le fonds social comprend des meubles et des immeubles, le droit de l'associé sera mobilier ou immobilier, d'après l'événement du partage; de sorte que, s'il se marie sous le régime de la communauté, les meubles mis dans son lot entreront dans l'actif, et les immeubles qui lui échoient en seront exclus.

Le droit de propriété détermine le droit des créanciers. Quand la société est commerciale, les biens qu'elle possède

sont le gage de ses créanciers, c'est-à-dire de ceux qui ont traité avec la personne civile. Les créanciers des associés ont pour gage les biens de leurs débiteurs; donc ils ne peuvent pas saisir les biens de la société, puisque pendant la durée de la société ces biens ne sont pas dans le domaine des associés. Il suit de là que les créanciers de la société sont payés sur les biens sociaux, de préférence aux créanciers des associés, ceux-ci n'ayant de droit sur les biens de la société que dettes déduites. Dans les sociétés civiles, les créanciers de la société sont les créanciers des associés, au même titre que les créanciers personnels de ceux-ci.

Du droit de propriété résulte une autre conséquence concernant la compensation. Les créances qui appartiennent à une société de commerce ne peuvent se compenser avec les dettes des associés; car celui qui est débiteur de la société et créancier d'un associé n'est pas dans les termes de l'article 1289, il est débiteur de la société, mais il n'est pas créancier de la société. De même l'associé, débiteur personnel, ne peut opposer en compensation à son créancier ce que celui-ci doit à la société. La compensation se fera, au contraire, entre les créances de la société civile et les créances des associés, car la société ce sont les associés; les créanciers et les débiteurs de la société sont, en réalité, créanciers et débiteurs des associés, ce qui rend l'article 1289 applicable.

Enfin, la société de commerce formant une personne morale peut agir en justice, en demandant ou en défendant. Le code de procédure consacre une conséquence de ce principe, en disposant que les sociétés de commerce doivent être assignées au domicile social, et qu'elles peuvent l'être dans la personne de leur gérant sans qu'il soit nécessaire de mettre tous les associés en cause (art. 69, n° 6). Les sociétés civiles n'ayant pas d'existence aux yeux de la loi, il va sans dire qu'elles n'ont pas le droit d'agir en justice; tous les associés doivent figurer en personne dans l'instance.

183. On admet assez généralement que les sociétés civiles deviennent des personnes morales quand elles sont

constituées dans les formes que la loi prescrit pour les sociétés commerciales. Cela est très-douteux; nous y reviendrons.

184. Si l'on admet que les sociétés civiles prennent le caractère d'une société de commerce quand elles sont établies dans les formes commerciales, on doit aussi leur appliquer l'article 128 de la loi du 18 mai 1873, qui porte: « Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières constituées et ayant leur siége en pays étranger pourront faire leurs opérations et ester en justice en Belgique. » Cette disposition modifie, en l'élargissant, la loi du 14 mars 1855, qui ne permettait aux sociétés étrangères d'exercer leurs droits en Belgique que sous la condition de réciprocité, en vertu d'une loi en ce qui concerne les sociétés françaises, et en vertu d'un arrêté royal pour les sociétés des autres pays. Les sociétés de commerce formant une personne civile par la convention des parties, indépendamment de toute autorisation, il n'y avait pas de raison pour refuser aux sociétés étrangères les droits que la loi reconnaît aux sociétés belges. Mais il ne faut pas induire de là que toute personne civile constituée à l'étranger peut exercer en Belgique les droits qui lui appartiennent d'après la législation étrangère. Les personnes dites civiles sont des fictions; or, les êtres fictifs n'existent qu'en vertu de la loi qui les a créés; donc ils n'ont d'existence que dans les limites du territoire où la loi a force obligatoire.

185. La loi française du 30 mai 1857 (1) contient des dispositions analogues à celles de la loi belge de 1855. Cette matière étant étrangère à notre travail, nous nous bornons à rapporter les arrêts de la cour de cassation de France qui ont été rendus sur la capacité des sociétés étrangères. La loi de 1857 porte que les sociétés anonymes et autres associations commerciales soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France en se conformant aux lois de l'empire. Un décret impé-

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1857, 4, 75.

rial, rendu en conseil d'Etat, peut appliquer à tous autres pays le bénéfice de cette disposition. Il a été jugé qu'une société anonyme étrangère, même régulièrement constituée, n'a pas d'existence légale en France et ne peut y exercer ses droits qu'autant qu'elle a été autorisée par le gouvernement français, ou que le bénéfice de la loi de 1857 lui a été accordé par un décret impérial. La société anonyme, dit la cour de cassation, n'est qu'une fiction de la loi, elle n'existe que par la loi, et n'a d'autres droits que ceux que la loi lui confère. Or, la loi, émanation de la souveraineté, n'a d'empire que dans les limites du territoire sur lequel cette souveraineté s'exerce. Donc la société anonyme étrangère, quoique régulièrement constituée dans le pays où elle s'est formée, ne peut avoir d'existence en France que par l'effet de la loi française et en se soumettant à ses prescriptions. Vainement objecterait-on que le statut personnel suit l'étranger en France et qu'à cet égard aucune distinction n'est à faire entre les lois qui règlent la capacité des individus et celles qui règlent l'état et la capacité des êtres moraux. La cour répond qu'à la différence des personnes civiles, les personnes naturelles existent par elles-mêmes et indépendamment de la loi; et l'on ne saurait confondre, quant à l'autorité qu'elles peuvent avoir en dehors du pays pour lequel elles ont été faites, les lois qui créent la personne et lui donnent l'existence et celles qui ne font que réglementer ses droits et déterminer les conditions de leur existence (1).

Cet arrêt, rendu sur le rapport de D'Ubexi, pose, à notre avis, les vrais principes. Dans l'espèce, la société étrangère était demanderesse. Que faut-il décider si une société étrangère est actionnée devant un tribunal français en vertu de l'article 14? La cour de cassation a décidé que les sociétés étrangères qui n'ont pas d'existence légale en France sont néanmoins, comme associations de fait, responsables de leurs engagements envers les Français avec lesquels elles auraient contracté, et que, par suite, elles sont soumises, quant à ces obligations, à

(1) Rejet, 1er août 1860 (Dalloz, 1860, 1, 444).

la juridiction des tribunaux français. La cour ajoute qu'il n'a été ni expressément ni tacitement dérogé à ces principes par la loi du 30 mai 1857 (1). Cette loi, dit la cour, n'a voulu ni détruire ni restreindre les garanties assurées par l'article 14 aux Français qui traiteraient avec des étrangers; elle a voulu seulement fournir au gouvernement français un moyen d'obtenir plus facilement des gouvernements étrangers, pour les sociétés françaises, le droit de contracter sur leurs territoires et d'y ester en justice, en l'autorisant à accorder administrativement, en France, le même droit aux sociétés étrangères (2).

SECTION II. — Des associations qui ne constituent pas des sociétés civiles.

§ Ier. *Des sociétés d'agrément.*

186. Un arrêté du gouvernement provisoire du 16 octobre 1830 porte (art. 1) : « Il est permis aux citoyens de s'associer comme ils l'entendent, dans un but politique, religieux, philosophique, littéraire, industriel ou commercial. » La constitution a proclamé la même liberté en termes absolus (art. 20) : « Les Belges ont le droit de s'associer. Ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive. » De longues contestations se sont élevées sur la portée de ces dispositions. C'est l'esprit envahissant de l'Eglise qui les a fait naître; elle a essayé de reconstituer les couvents comme corporations, et, en fait, elle a réussi à éluder et à violer les lois qui les ont abolis. Nous reviendrons sur ces prétentions. Pour le moment, nous posons, en termes généraux, la question de savoir si les associations formées en vertu de la constitution sont des personnes civiles. Nous avons répondu d'avance; donner le droit aux citoyens de s'associer, ce n'est pas leur donner le droit de créer des êtres fictifs jouissant des droits qui appartiennent aux personnes réelles, aux hommes

(1) Cassation, 19 mai 1863 (Dalloz, 1863, 1, 218).
(2) Cassation (deux arrêts), 14 novembre 1864 (Dalloz, 1864, 1, 466).

(t. I, n° 298). Le législateur seul a ce droit. Il suffit de citer l'arrêt de la cour de cassation de Belgique qui l'a décidé ainsi. « La liberté d'association, dit la cour, proclamée et garantie par l'article 20 de la constitution, n'engendre point, pour les sociétés qui se forment sous l'égide de cette disposition, la capacité civile et les droits qui en dérivent; ce n'est qu'en vertu de l'autorisation légale que les corporations ainsi établies peuvent exercer collectivement les droits qui se rattachent à la personnification civile (1). » La cour ne se donne pas même la peine de motiver sa décision; en effet, la proposition qu'il n'y a pas de personne civile sans une autorisation légale peut passer pour un axiome : il ne peut pas y avoir de fiction légale sans loi.

187. Autre est la question de savoir si les associations formées en vertu de la liberté d'association sont des sociétés civiles. Les tribunaux confondent parfois ces deux ordres d'idées, qui sont cependant essentiellement différents. On lit dans un jugement qu'une société d'agrément n'ayant pas pour but de réaliser en commun des bénéfices, l'une des conditions exigées par l'article 1832 pour qu'il y ait société fait défaut; de là le tribunal tire la conclusion que la société n'existe pas comme être juridique indépendamment des individus qui la composent (2). Le tribunal a eu raison de décider que les sociétés d'agrément ne sont pas des sociétés civiles, puisque toute idée de bénéfice leur est étrangère, l'agrément qu'elles procurent à leurs membres ne pouvant être considéré comme un bénéfice dans le sens de l'article 1832 (n° 150) (3). Mais que les sociétés d'agrément forment ou non une société civile, cela n'a rien de commun avec la personnification de la société. Avant la loi du 18 mai 1873, on pouvait soutenir que toute société civile forme une personne morale; mais

(1) Rejet, 30 juin 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 1, 336).

(2) Jugement du tribunal de Termonde du 10 avril 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 174).

(3) Aix, 20 mars 1873 (Dalloz, 1874, 2. 138). La cour de Lyon dit, en termes peu juridiques, que les sociétés d'agrément sont une *sorte de société particulière* ou une *communauté d'intérêts*. Arrêt du 1er décembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 99).

la loi ayant tranché la controverse (n° 181), c'est une hérésie de dire que les sociétés d'agrément ne sont pas des personnes morales, parce qu'elles ne constituent pas des sociétés civiles.

188. De ce qu'une association ne forme pas une société civile, il ne faut pas conclure que les associés ne peuvent pas contracter; la société, comme telle, ne peut pas agir, puisqu'elle n'existe pas aux yeux de la loi, mais les associés individuellement peuvent contracter; ces conventions seront régies par le droit commun, c'est-à-dire que les associés qui y figurent seront propriétaires, créanciers ou débiteurs.

Les membres de ces sociétés se disputent parfois le chétif avoir qu'ils possèdent. Par suite de mésintelligence, la société se dissout ou se fractionne. A qui appartiendront les bannières, les drapeaux, les médailles? Puisqu'il n'y a pas de société civile, il faut appliquer les principes qui régissent les communautés de fait; nous les exposerons à la fin de ce titre. Les tribunaux sont très-embarrassés quand ils sont appelés à statuer sur ces différends; d'ordinaire ils établissent des principes pour le besoin de la cause. On lit dans un arrêt de la cour d'Aix que, dans une société de ce genre, la dissolution ne peut être prononcée que par la *majorité* des membres qui la composent, et que les membres dissidents, s'ils sont en minorité, n'ont que la faculté de se retirer de la réunion, sans pouvoir prendre aucune part sur les objets mobiliers qui lui appartiennent et sur lesquels chaque membre a plutôt un droit de jouissance qu'un droit de copropriété. Voilà une étrange doctrine! Peut-il être question de majorité et de minorité là où il n'y a pas de société, et bien moins encore un corps moral? Et quand il y a un dissentiment entre les membres, de quel droit exclut-on la minorité de tout droit à la copropriété des choses communes? Dire que la copropriété des communistes n'est qu'une jouissance est une vraie hérésie. A qui appartiendrait donc la propriété? A un corps moral qui n'existe point, c'est-à-dire au néant!

Dans l'espèce, la société se fractionna en deux groupes

de nombre à peu près égal. La cour en conclut que les choses communes devaient se partager en deux parts égales, parts auxquelles serait appelé chacun des groupes, sans que les individus qui les composaient eussent rien à réclamer (1). Voilà une nouvelle singularité. Les deux groupes n'étant pas égaux en nombre, il y avait une majorité et une minorité. Pourquoi la cour donne-t-elle des droits à la minorité contrairement au principe qu'elle établit? Est-ce parce que la minorité était presque aussi forte que la majorité? Cela est arbitraire. Puis le partage par groupes, et non entre les membres, sur quoi se fonde-t-il? Sur l'intérêt des groupes, dit le premier juge. Est-ce que les tribunaux décident d'après l'intérêt, ou d'après le droit? Et où est le droit d'un groupe qui n'a aucune existence légale?

Il a été jugé, conformément aux vrais principes, que les membres d'une société d'agrément sont copropriétaires des objets communs, dans l'espèce, instruments et cahiers de musique; et qu'ils pouvaient les revendiquer, en cette qualité, contre les détenteurs précaires desdits objets (2).

188 *bis*. Quant aux engagements que ces sociétés sont dans le cas de contracter, il se présente plusieurs difficultés. On demande si les associés, qui sont souvent en grand nombre, peuvent se faire représenter par le président ou la commission, qui leur servent d'organe, aux termes de leur règlement. D'après la rigueur des principes, il faudrait décider que les associés individuellement doivent agir, ou donner procuration à l'un d'eux d'agir en leur nom; c'est la conséquence du principe qu'il n'y a que des individus dans une société d'agrément, il n'y a pas d'associés, puisqu'il n'y a pas de société. La jurisprudence s'est écartée de cette rigueur, qui rendrait très-difficile et presque impossible l'existence des associations dont nous parlons.

Il existe à Marseille, comme dans toutes les villes, un cercle philharmonique. Un contrat intervint, en 1838, entre la compagnie d'éclairage au gaz et le cercle pour

(1) Aix, 20 mars 1873 (Dalloz, 1874, 2. 138).
(2) Bruxelles, 8 février 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 224).

l'éclairage du local qu'occupait la société, pour toute sa durée et moyennant un prix déterminé. En 1844, la compagnie établit un nouveau tarif de beaucoup supérieur à celui qui faisait la base du traité de 1838; elle voulut l'imposer au cercle sans tenir compte de la convention. La société s'y refusa et poursuivit l'exécution de son traité. Dans la convention, comme dans l'action, figuraient trois membres, tant en leur nom que comme président, trésorier et secrétaire du cercle. La compagnie leur opposa que les demandeurs ne pouvaient agir qu'en leur nom personnel. Ceux-ci répondirent qu'ils avaient le droit, en leur nom personnel, de réclamer l'exécution intégrale de la convention, puisque l'objet de leur demande, à savoir l'éclairage au gaz du local affecté au cercle, était indivisible. Un jugement du tribunal de commerce accueillit ces prétentions. Il déclara le contrat valable, parce que ceux qui l'avaient souscrit étaient mandataires et que la convention avait été approuvée par les mandants, membres composant le cercle philharmonique. Les circonstances de la cause étaient peu favorables à la compagnie continentale; elle avait pendant plusieurs années exécuté le contrat; elle avait reconnu, à l'occasion d'une décision arbitrale, le président du cercle comme représentant les membres, tous intéressés à la convention. Si en 1844 elle refusait de tenir ses engagements, c'est que, toute concurrence ayant cessé, elle avait le monopole de l'éclairage; ce refus, disent les magistrats consulaires, est contraire à la loyauté qui doit toujours présider à l'exécution des transactions commerciales. Restait la difficulté de droit. Le tribunal reconnaît que les demandeurs n'avaient pas le droit d'agir en qualité de président, de secrétaire et de trésorier, puisque le cercle ne formait pas un corps moral; il y a plus, il ne formait pas même une société civile; mais rien ne les empêchait de plaider en leur nom personnel, comme signataires du contrat fait avec la compagnie. Pouvaient-ils agir pour le tout? Oui, dit le tribunal, puisque l'obligation contractée par la compagnie continentale était indivisible.

Pourvoi en cassation. La compagnie soutint que le

traité fait entre elle et les commissaires du cercle était nul comme passé au profit d'un être moral sans personnalité civile. Cela est d'évidence si l'on considérait le contrat comme fait par le cercle. La vraie difficulté consistait à savoir si le contrat existait à l'égard de chacun des membres du cercle pris isolément. Ceux-ci peuvent sans doute traiter en leur nom personnel, mais ils ne l'avaient pas fait; ils n'avaient pas parlé au contrat. Dira-t-on qu'ils étaient mandants et que les trois membres qui figuraient au contrat étaient leurs mandataires? Il aurait fallu pour cela que les membres du cercle eussent donné un mandat pour traiter avec la compagnie et que les mandataires eussent déclaré agir au nom de telles et telles personnes nominativement désignées. Or, les choses ne s'étaient pas passées ainsi. Le conseiller rapporteur répondit à cette argumentation que les cercles, il est vrai, ne sont pas des sociétés civiles, mais que rien n'empêche ces associations de donner mandat à quelques-uns de leurs membres de traiter au nom de tous ceux qui les forment. Si ce que font ces membres est approuvé par leurs mandants, il en résultera une obligation semblable à celle qui aurait existé si chacun des membres avait traité individuellement. La cour de cassation a admis ce système en rejetant le pourvoi (1).

Il nous reste un doute. Si les membres du cercle sont mandants, ils sont obligés personnellement, et tenus de payer dans le cas où la société vient à se dissoudre laissant des dettes. Mais quels sont ces mandants? Ce sont ceux qui faisaient partie du cercle au moment où le mandat a été consenti; quand même ils donneraient leur démission, ils restent obligés, tandis que les nouveaux membres qui n'ont pas figuré au contrat comme mandants ne seront pas tenus. Nous demandons si c'est bien là l'intention de ceux qui se font membres d'un cercle. Non, certes; ils ne se croient obligés qu'au payement de leur cotisation, et ne se doutent pas qu'ils soient obligés par les contrats

(1) Aix, 2 juillet 1844, et Rejet, 29 juin 1847 (Dalloz, 1845, 2, 61, et 1847, 1, 342). Dans le même sens, Bruxelles, 5 juillet 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 26).

où figurent le président et le secrétaire. Et peuvent-ils être mandants sans avoir l'intention de donner procuration? En définitive, la théorie du mandat est une fiction ; ce ne serait une vérité que si tous les membres avaient donné pouvoir à une commission de contracter en leur nom (1); ou si, pour chaque contrat que le cercle est dans le cas de faire, les membres donnaient procuration d'agir en leur nom. Sans procuration il n'y a ni mandants ni mandataires. Il reste une convention souscrite par un ou plusieurs membres du cercle en leur nom : eux seuls parlent au contrat et eux seuls sont obligés.

189. Comment ces associations agiront-elles en justice? La question est mal posée, car les associations n'existant pas aux yeux de la loi ne peuvent agir. Mais si les contrats qui les intéressent donnent lieu à des contestations, qui agira? Dans notre opinion, la réponse n'est pas douteuse : ceux qui ont parlé au contrat ont seuls le droit d'agir, et ils agissent en leur nom personnel. Dans la théorie du mandat, il faut dire que ce sont les membres du cercle qui agissent; ils devraient donc figurer personnellement dans l'instance. Il a été jugé qu'ils ont le droit de poursuivre individuellement l'exécution des obligations contractées envers la société, et que si l'obligation est indivisible, ils peuvent agir pour le total (2). Cette décision soulève de nouvelles difficultés. Si l'obligation est divisible, pour quelle part les membres agiront-ils? Ceux qui ne font pas partie du cercle auront-ils le droit d'agir? leurs héritiers ont-ils le même droit? Dans l'espèce, l'action avait été intentée par le président et huit autres personnes prenant la qualité de premier et second doyens, de premier et second secrétaires, de caissier et de conseiller. Ainsi formulée, la demande était évidemment non recevable.

Le cercle peut être débiteur : contre qui le créancier intentera-t-il son action? Dans notre opinion, le créancier ne peut agir que contre ceux qui ont traité avec lui. La question s'est présentée pour l'action en payement des

(1) Lyon, 1er décembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 99).
(2) Bruxelles, 5 juillet 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 26).

loyers et la résolution du bail consenti à une société d'harmonie ; le bailleur assigna la société en la personne des membres composant le conseil d'administration. En appel, les défendeurs conclurent à ce qu'il fût ordonné au bailleur de mettre en cause tous les membres de la société. La cour de Bruxelles décida qu'en supposant que les administrateurs assignés ne fussent pas qualifiés à l'effet de représenter la société, l'action avait néanmoins été bien dirigée contre eux en tant qu'ils étaient membres de ladite société; et que s'ils croyaient avoir intérêt à mettre en cause les autres membres, il leur était libre de le faire, afin d'empêcher que l'arrêt à intervenir ne fût attaqué par la voie de la tierce opposition (1). Cette décision nous paraît très-contestable. L'action avait été mal intentée; les administrateurs, comme tels, ne pouvaient être actionnés. Quant aux autres membres, ils n'avaient pas besoin d'attaquer l'arrêt à intervenir par la tierce opposition, puisqu'ils n'étaient pas liés par le bail. Dans la théorie du mandat, ils étaient obligés, mais alors renaissent les difficultés que nous venons de signaler.

190. L'article 59 du code de procédure porte que le défendeur sera assigné, en matière de société, tant qu'elle existe, devant le juge du lieu où elle est établie. On demande si cette disposition est applicable aux associations qui ne sont pas des sociétés civiles. La question se décide en la posant. Pour que l'article 59 puisse recevoir son application, il faut que l'association forme une société civile; or, une société d'agrément, dans l'espèce, un cercle littéraire n'est pas une société civile; les membres doivent donc être assignés à leur domicile, d'après le droit commun.

191. Les sociétés d'agrément et toutes associations qui se proposent un but autre que le lucre ne sont pas des sociétés civiles, elles sont cependant constituées dans les mêmes formes; il y a des commissions chargées de la gestion des intérêts communs, il y a des règlements qui déterminent leurs attributions. Si des différends s'élèvent,

(1) Bruxelles, 8 août 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 136).

par exemple sur l'emploi des revenus, ces contestations doivent-elles être portées devant les tribunaux? La question a été décidée négativement par la cour de Bruxelles dans une espèce où des membres d'une société d'harmonie avaient assigné la commission à l'effet de rendre compte de sa gestion. Ces différends, dit l'arrêt, doivent être examinés et vidés dans le sein même de la société, sauf à ceux qui ont à se plaindre de la direction des affaires communes à donner leur démission si l'on ne fait pas droit à leurs plaintes. La cour se fonde sur le caractère de ces associations et sur l'intention de ceux qui s'en font membres (1). Cela est vague, et il nous semble que la décision est trop absolue. Si les associations qui se forment dans un but politique, littéraire ou d'agrément ne sont pas des sociétés civiles, les membres de ces cercles peuvent cependant contracter, et leurs conventions tiennent lieu de loi, comme toutes conventions, quand elles réunissent les caractères voulus par le code civil. Ce dernier point est décisif. Pour qu'il y ait contrat; il faut que les parties qui consentent aient l'intention de stipuler et de s'obliger; si cette intention existe, ainsi que les autres conditions, il naîtra une action du contrat comme de toute convention. On objecte que ces cercles ne constituent pas une société dans le sens de l'article 1832, et l'on en conclut que l'association ne crée, au profit de ses membres ou à leur charge, ni droits ni obligations civils susceptibles d'actions judiciaires (2). La conséquence ne nous paraît pas juridique; tout ce que l'on peut induire de la nature de ces associations, c'est que, n'étant pas des sociétés civiles, elles ne sont pas régies par les principes qui gouvernent la société; mais s'il intervient entre les membres des conventions véritables, pourquoi n'en résulterait-il pas une action judiciaire?

Le tribunal de Bruxelles, dans le jugement que nous combattons, dit que le règlement de la société, accepté par tous ses membres, en constitue la loi; qu'il précise et

(1) Bruxelles, 29 décembre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 357).
(2) Jugement du tribunal de Bruxelles, 28 mai 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 213).

détermine les pouvoirs qu'exercent, dans les limites de leurs attributions, le conseil d'administration d'une part et l'assemblée générale de l'autre. En se soumettant à ce règlement, continue le tribunal, les membres de la société ont *dû vouloir* soustraire à l'action des tribunaux et soumettre à l'*arbitrage,* soit du conseil, soit de l'assemblée générale, les différends qui pourraient surgir dans le sein de la société, et entre les associés, et quant à son administration. Sans doute, s'il s'agit uniquement de l'administration de la société, les tribunaux sont incompétents, ils ne peuvent pas intervenir dans l'administration d'une société qui n'est pas une société. C'était bien là, dans l'espèce, l'objet du débat que quelques membres avaient porté en justice. Il s'agissait de savoir à qui appartenait la garde du drapeau et la possession des archives ; une assemblée générale des membres avait décidé : c'était une question de régime intérieur. Mais si une contestation s'élevait sur la propriété des objets appartenant à l'association, ou sur des deniers dont le détenteur refuserait de rendre compte, le tribunal ne pourrait certes pas refuser de faire justice. Il faut donc voir quel est l'objet de l'action ; dès qu'il y a des droits et des obligations en cause, les tribunaux sont compétents.

192. La cour de Liége a appliqué la doctrine généralement admise à la reddition des comptes. Dans l'espèce, la commission, tenue de rendre compte, s'y était d'abord refusée, puis elle l'avait fait dans une forme tout à fait irrégulière. Le tribunal de première instance décida qu'à défaut, par les défendeurs, d'avoir rendu leurs comptes conformément aux règlements de la société, les demandeurs avaient évidemment le droit d'exiger que les comptes fussent rendus en justice et dans la forme légale. Sur l'appel, la décision a été réformée. La cour pose en principe que ces associations n'ont d'autres lois que celles que les associés se sont eux-mêmes imposées par leurs statuts. Dans l'espèce, les statuts portaient que les comptes seraient rendus en assemblée générale. De là la cour conclut que les associés ont voulu exclure l'autorité judiciaire, que c'est à l'assemblée générale à décider les con-

testations, sauf aux dissidents à se retirer s'ils ne sont pas satisfaits de la décision. En conséquence, la cour renvoya les parties devant l'assemblée générale de leur association et ordonna aux membres de la commission d'y présenter leur compte et de le faire apurer, tous les membres dûment convoqués (1). Mais si la commission, condamnée à rendre ses comptes, ne le fait pas, ou si elle rend un compte irrégulier, dérisoire, que fera-t-on? La décision de la cour deviendra un cercle vicieux, et il en résultera que les deniers seront retenus sans droit par ceux qui en sont chargés et condamnés d'en rendre compte. Cela est inadmissible, et telle n'est certes pas la pensée de la cour. Si la commission ne rend pas compte d'après les statuts, elle doit le faire en justice. Or, il était constant qu'elle avait refusé de rendre compte et qu'elle avait fini par rendre un compte dérisoire; donc le tribunal de première instance avait bien jugé en la forçant de rendre un compte judiciaire.

§ II. *Des associations religieuses.*

LES COUVENTS RECONSTITUÉS PAR LA FRAUDE.

193. Les lois portées pendant la révolution française ont supprimé les corporations religieuses d'hommes et de femmes, par le motif, dit l'assemblée législative, qu'un Etat vraiment libre ne doit souffrir dans son sein aucune corporation (t. XI, n° 162). Ces lois n'abolissaient pas seulement les ordres religieux considérés comme corporations, c'est-à-dire comme formant un corps moral ou une personne civile; elles détruisaient le monachisme dans son essence en déclarant que la constitution ne reconnaissait plus de vœux monastiques, qu'en conséquence les congrégations dans lesquelles on faisait de pareils vœux étaient supprimées en France, sans qu'il pût en être établi de nouvelles à l'avenir. Ce décret de mort n'a jamais été rapporté, ni en France ni en Belgique. Napoléon

(1) Liége, 17 décembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860; 2; 137).

alla plus loin ; il défendit même les associations religieuses, abstraction faite de tout vœu : le simple fait de s'associer, sous prétexte de religion, était un délit (t. XI, n° 163). Le décret du 3 messidor an XII est la conséquence logique de la suppression des couvents. Autoriser les associations religieuses, c'est reconstituer indirectement les couvents ; car, les religieux ne pouvant pas posséder individuellement, pas même l'habit qui les couvre, il faut, pour qu'ils puissent subsister, que la communauté possède ; or, la communauté ne peut pas posséder, puisqu'elle n'existe pas légalement, c'est le néant. Voilà donc les associations en révolte avec la loi ; elles ne peuvent vivre que si elles sont capables de posséder, et elles n'ont pas cette capacité. Ce que la loi leur refuse, elles cherchent à l'obtenir par la fraude. C'est ce qui est arrivé en Belgique. Le décret de messidor est abrogé par notre constitution : les associations religieuses peuvent se former librement ; elles ont profité de cette liberté ; la liberté ne leur a pas suffi, elles se sont, de fait, constituées en corporations. Ce n'est pas seulement la nécessité de vivre qui les a obligées de violer la loi, en rétablissant les couvents. Aux yeux de l'Eglise, les couvents n'ont jamais été supprimés légalement, parce que le législateur n'avait pas le droit de les abolir ; ils existent en vertu du droit de l'Eglise, droit divin qui est antérieur à la loi et au-dessus de la loi.

194. Cette prétention a de quoi étonner ceux qui ne connaissent pas l'Eglise et son immortelle ambition. L'Eglise elle-même cache et déguise ses prétentions ; à l'entendre, elle ne veut que sa liberté. Nous avons prouvé ailleurs, et à satiété, que ce que l'Eglise appelle sa liberté est la servitude de l'Etat et l'asservissement des peuples souverains (1). L'histoire des couvents est une preuve vivante que la liberté de l'Eglise est inalliable avec la souveraineté des nations. C'est que la liberté de l'Eglise est une vraie souveraineté ; et comme il est impossible que deux puissances souveraines coexistent dans un même

(1) Voyez mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat*, et mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*.

Etat, il faut nécessairement que la souveraineté civile soit subordonnée à la souveraineté divine. Les témoignages abondent, nous les avons cités dans notre *Etude sur l'Eglise et l'Etat;* ici il suffira de transcrire quelques lignes d'un de ces livres populaires qui se répandent comme la peste. Il se trouve (1) des catholiques qui disent que la fameuse Encyclique de Pie IX ne porte aucune atteinte à la souveraineté laïque, ni aux libertés constitutionnelles. C'est une des objections populaires contre l'Encyclique à laquelle Monseigneur de Ségur répond en ces termes : Il y a une constitution supérieure à toutes celles que les hommes font et défont, « c'est la constitution divine, la loi éternelle de Dieu, aussi ancienne que le monde, dont Jésus-Christ est l'auteur suprême, et que l'Eglise catholique est chargée de faire observer par toute la terre. Aucun Etat, aucun prince, aucune loi humaine n'a le droit de violer une constitution qui sert de base et de règle à toutes les constitutions des royaumes et des empires. » Lors donc qu'une loi laïque se met en opposition avec le droit de l'Eglise, elle est frappée de nullité radicale, les fidèles ne sont pas obligés de l'observer; ils diront, avec l'apôtre, « qu'il vaut mieux obéir à Dieu qu'aux hommes (2) ».

195. La nation souveraine, par l'organe de ses représentants, a aboli les vœux et, par suite, les moines. Qu'importe à l'Eglise? Les moines n'en sont pas moins restés de vrais moines. Tous les jours il se fait des vœux, tous les jours il se forme des congrégations, dans le sein desquelles ces vœux sont prononcés. Les lois de la révolution ont fait ce qu'elles n'avaient pas le droit de faire.

Il est de principe, dans l'ordre civil, que les associations ne constituent pas une personne morale; les associations religieuses, comme telles, ne peuvent donc pas posséder. Qu'importe à l'Eglise? Elle proclame un autre principe : la communauté est seule propriétaire, c'est l'être moral qui possède, les religieux étant incapables de posséder.

(1) Il y en avait du moins jadis; les jésuites ont mis fin à cette hypocrisie, on doit leur en savoir gré.

(2) Ségur, *Des objections populaires contre l'Encyclique*, p. 14.

La loi civile a rendu aux religieux la capacité d'acquérir et de posséder dont ils étaient privés dans l'ancien ordre de choses, et qu'ils ne peuvent pas avoir d'après les lois de l'Eglise, parce que le premier vœu qu'ils prononcent est celui de pauvreté. Que devient cette capacité et à qui profite-t-elle? Les religieux sont toujours incapables aux yeux de l'Eglise; ce qu'ils acquièrent en vertu de la loi civile ne devient pas leur propriété; les biens qui leur adviennent sont propriété de la communauté (1).

196. Ainsi, sur tous les points, le fait, c'est-à-dire le droit de l'Eglise, est en opposition avec le droit laïque. L'Eglise considère la législation révolutionnaire comme non avenue; elle est en révolte ouverte contre la loi. Il est presque inutile d'ajouter que cette révolte procède de la cour de Rome; on sait que l'Eglise est dans la main du pape. Toutefois, malgré la puissance divine qu'elle réclame, la papauté est souvent obligée de transiger; quand Pie VII fit un concordat avec la République, il n'osa pas demander le rétablissement des couvents. Portalis, le négociateur du concordat, déclare que les ordres religieux sont des institutions étrangères au gouvernement fondamental de l'Eglise; ils étaient plus qu'inutiles, dit-il, ils étaient dangereux, car les moines formaient « la milice du pape, toujours disposée à propager la doctrine ultramontaine ». Aujourd'hui l'ultramontanisme domine, et ce sont des moines, les jésuites qui gouvernent l'Eglise.

Quand la Belgique fut réunie à la France, la loi du 15 fructidor an IV ferma les monastères, confisqua leurs biens, interdit la vie commune aux religieux et les dispersa. Par une étrange inconséquence, le législateur permit aux religieux d'acheter des biens nationaux avec les bons qu'il leur accordait; il ne se doutait pas que c'était prêter la main au rétablissement des couvents qu'il supprimait. Les religieux éprouvèrent des scrupules : pouvaient-ils, malgré leur vœu de pauvreté, acquérir des biens? Pie VI les autorisa à acheter les biens de leur

(1) Voyez les témoignages dans Orts, *De l'incapacité civile des congrégations religieuses*, p. 289 et suiv., nos 267 et 268.

abbaye, à condition de les conserver à l'Eglise (1). Ainsi, aux yeux du pape, les couvents existaient toujours de droit, et les biens dont ils avaient été dépouillés devaient être rachetés et conservés pour l'Eglise, à laquelle ils n'avaient cessé d'appartenir.

Ce qui embarrasse les gens d'Église, ce n'est pas la loi, elle n'existe pas pour eux, c'est le moyen d'éluder la loi. La mainmorte est abolie, il s'agit de la rétablir malgré le législateur. Il s'est trouvé des hommes de loi qui ont aidé les moines à violer la loi, car c'est la violer que de l'éluder. Nous avons rapporté ailleurs le décret de la sacrée congrégation de la Propagande du 15 décembre 1840, approuvé par le pape (2) : c'est la fraude à la loi, conseillée et autorisée par celui qui se dit le vicaire de Dieu. Voici ce que dit le décret des sociétés contractées dans le but de permettre aux établissements ecclésiastiques de posséder, quoique de droit ils en soient incapables : « L'on a imaginé un moyen de *posséder les biens* en formant un contrat de société. Trois ou quatre membres de la société possèdent les biens en commun de façon que tous les associés en jouissent leur vie durant; aucun d'eux ne peut disposer de son droit, ni entre-vifs, ni par testament; si l'un meurt, les biens restent tout entiers aux survivants. Là où de pareilles sociétés existent, l'évêque doit seulement veiller à ce que l'associé qui meurt soit remplacé par un autre membre de la communauté. »

197. Au reproche de fraude que nous adressons à l'Eglise, on répond que les religieux ont agi avec une entière bonne foi, en se conformant à l'avis des jurisconsultes les plus *habiles* et les plus *intègres*, qu'ils ont profité des ressources que la loi leur offrait ou semblait leur offrir (3). Les cours de Belgique n'ont pas été de l'avis de ces jurisconsultes trop complaisants; elles ont déclaré nulles et inexistantes les prétendues sociétés formées dans le but de reconstituer la mainmorte. Nous pouvons nous borner à présenter l'analyse de l'excellent arrêt rendu

(1) La lettre de Pie VI est visée dans l'arrêt de Bruxelles, du 13 mai 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 191).
(2) Bouix, *Tractatus de jure regularium*, t. I, p. 397.
(3) Malou, *De la liberté de la charité en Belgique*, p. 134 et suiv.

par la cour de Bruxelles sur les conclusions conformes de l'avocat général, M. Corbisier. La cour commence par établir en principe que la constitution belge, en proclamant la liberté d'association, n'a pas entendu conférer la personnification civile aux sociétés religieuses ou autres; le pouvoir législatif peut seul conférer ce privilége; à défaut d'une loi spéciale, les associations religieuses restent sous l'empire du droit commun. C'est ce droit commun que les jurisconsultes *habiles* et *intègres* revendiquent en faveur des couvents. La cour de Bruxelles démontre que les religieux et leurs conseils se sont emparés de la loi pour frauder la loi.

Aux termes de l'article 1832, la société doit avoir pour but de réaliser un bénéfice, et ce bénéfice doit être appréciable en argent. C'est là un des éléments essentiels du contrat de société. De là suit que les associations établies dans un but exclusivement religieux ne sont pas des sociétés, dans le sens du code civil. Cela décide déjà la question. On objecte qu'il y a bénéfice pour les associés dans la jouissance des biens communs et dans l'économie de la vie conventuelle. Ici commence l'œuvre de la simulation et de la fraude. Que les avocats *habiles* et *intègres* aient recours à de pareils expédients, cela se conçoit à la rigueur; ils ignoraient sans doute ce que c'est que des religieux, ils ignoraient que leur idéal est de pratiquer les conseils de perfection que Jésus-Christ donne à ses disciples. Y lit-on, par hasard, que la jouissance des biens de ce monde est une des perfections évangéliques?

La cour de Bruxelles va nous dire ce que devient le droit commun dans les mains des religieux et de leurs conseils. Toute société, dit l'article 1833, doit être contractée pour l'intérêt commun des parties. Or, ce qui caractérise le monachisme, c'est l'abdication la plus absolue de tout intérêt individuel; les religieux meurent au monde et vivent de la vie des anges. Les contrats de société qu'ils forment, quelque déguisés qu'ils soient, ne peuvent pas transformer des religieux en spéculateurs. Quels sont les bénéfices communs qu'ils font, bénéfices sans lesquels il n'y a point de société? Les associés sont sans droit aucun.

Ce sont les supérieurs qui distribuent, à leur guise, les revenus des biens communs. Donc pendant la durée de la société il ne se fait aucun partage des profits : faut-il demander si c'est ainsi que les choses se passent dans les sociétés véritables? Quant aux biens communs, le contrat les attribue aux deux derniers associés survivants. Mais le décret de la Propagande vient de nous apprendre que les religieux qui meurent doivent être remplacés par de nouveaux membres; de sorte que la société est perpétuelle, et le droit des deux derniers associés est une fiction, disons mieux, un mensonge. En supposant même que l'association s'éteigne, ou soit détruite, les derniers survivants ne seraient néanmoins pas propriétaires. Leur vœu leur défend toute propriété individuelle.

La cour de Bruxelles cite tous les articles du titre de la *Société* qui se rapportent au débat, et il se trouve que tous sont violés. D'après les articles 1865 et 1869, les associés peuvent toujours demander la dissolution de la société quand la durée en est illimitée; le contrat de société formé par les religieux le leur défend. Comment auraient-ils un droit quelconque alors qu'ils sont morts? Ce ne sont pas des hommes, ce sont des cadavres.

L'article 1868 permet aux associés de stipuler qu'en cas de mort de l'un d'eux, la société continuera entre les associés survivants; bien entendu que l'héritier du décédé a droit, en ce cas, au partage de la société eu égard à la situation lors du décès. Que disent les actes passés par des religieux? Ils excluent les héritiers de tout droit à l'avoir social.

Ces clauses, dit la cour, impliquent, de la part des associés, l'abandon complet de leurs mises, sans compensation aucune, le sacrifice le plus absolu de leurs intérêts au profit de la société. Qu'est-ce qu'une société qui ne reconnaît aucun droit aux associés et qui concentre tous les droits dans l'être moral de l'association? Les jurisconsultes *habiles* et *intègres* auront beau donner le nom de *société* à une association pareille, le bon sens et la conscience se révoltent contre ces fictions et les qualifient de mensonge et de fraude.

Si la société n'est qu'une fiction, quelle est la réalité? La cour répond : « Aucun terme n'est assigné à la société; son but avoué n'en admet aucun, et l'adjonction de nouveaux membres peut en perpétuer indéfiniment l'existence. » D'un autre côté, « les associés mettent en commun tous leurs biens et tous les gains à réaliser par leur industrie et leur travail. » « Aucun associé ne peut librement disposer de ses droits sociaux, il n'en peut rien transférer à ses héritiers. Le membre qui se retire de la société, celui qui en est exclu sont déchus de tous leurs droits dans la communauté. » Quant à la transmission qui s'opère, au décès d'un associé, au profit des survivants, « elle n'est qu'apparente et chimérique, l'admission illimitée de nouveaux membres et la perpétuité de l'association qui en est la conséquence enlevant toute chance aux survivants d'acquérir un jour la propriété des biens communs. » Il s'ensuit que « la propriété à laquelle les membres de l'association n'ont individuellement aucun droit appartient, en réalité, à la société elle-même. Toutes les stipulations de l'acte tendent à absorber les droits des associés et ceux de leurs héritiers au profit de la société, à empêcher le démembrement de son patrimoine, à soustraire ses biens au mouvement des transactions. Le contrat arrive ainsi, par l'enchaînement de ses clauses, à créer, sans le concours du législateur et contrairement à ses prescriptions, un être moral distinct des individus qui le composent, se renouvelant sans cesse par la succession non interrompue de ses membres, ayant une existence propre, des droits particuliers, acquérant, possédant pour lui des biens immobilisés en ses mains, réunissant, en un mot, tous les caractères d'un établissement de main-morte. »

Nous arrivons à la conclusion : la cour condamne et elle flétrit les moyens par lesquels les religieux et leurs conseils reconstituent les couvents. « La prétendue société n'a d'autre objet que d'obtenir, par *voie détournée,* les bénéfices de la personnification civile. Les parties n'ont emprunté la forme du contrat de société que pour *dissimuler leurs intentions* et pour *éluder une prohibition*

de la loi. » Par conséquent, « la convention qualifiée de société est entachée d'une nullité radicale, comme contrevenant à la loi d'ordre public qui subordonne l'existence d'une personne civile à l'autorisation du législateur ». Viciée dans son essence par une cause illicite, la convention ne peut produire aucun effet (1).

198. L'arrêt de la cour de Bruxelles a été déféré à la cour de cassation. On a dit que les préjugés catholiques vicient l'intelligence à ce point que ceux qui en sont imbus ne voient plus les choses sous leur vraie face, comme si l'on avait pratiqué sur eux l'opération de l'aveuglement intellectuel. Cela est une triste vérité, au moins pour ceux qui sont élevés dans les doctrines ultramontaines. Voici des arguments que l'on n'a pas eu honte de présenter devant la cour de cassation. La constitution donne aux Belges le droit de s'associer ; elle leur permet donc implicitement l'usage des moyens nécessaires pour l'existence de l'association ; de là on conclut que les associations religieuses, ayant une existence légale, peuvent posséder comme telles et recevoir des libéralités. C'est dire que la liberté donne un privilége, celui de constituer une personne civile, c'est-à-dire un de ces êtres fictifs que le législateur seul a le droit de créer. Faut-il apprendre à des jurisconsultes qu'il n'y a point de fiction légale sans loi? La cour de cassation a pris la peine de répondre au pourvoi que la constitution, en reconnaissant aux Belges le droit de s'associer, n'accorde pas la capacité civile aux associations considérées comme êtres collectifs. Il suffit de lire les discussions du Congrès pour se convaincre que le législateur n'a pas songé à conférer la personnification à toutes les associations qui se formeraient en vertu de la liberté qu'il proclamait. On ne peut pas même supposer une intention pareille à un législateur, car on ne peut supposer que ceux qui font les lois, et la loi des lois, la constitution, n'avaient pas leurs cinq sens.

(1) Bruxelles, 13 mai 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 191). Comparez Gand, 4 février 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 371), et le tome XI de mes *Principes*, p. 243, n° 179. La jurisprudence est constante en ce sens, ainsi que la doctrine (Orts, *Des congrégations religieuses*, p. 156, n° 151).

Le même argument était encore présenté sous une autre forme. Qu'importe, disait le pourvoi, que les associations religieuses ne soient pas des sociétés civiles dans le sens de l'article 1832, toujours est-il que ce sont des sociétés légales, puisque la constitution les autorise; elles se forment en vertu d'un concours de consentement, donc en vertu d'un contrat; ce contrat doit recevoir son exécution en tant qu'il n'a rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Or, aucune loi ne défend à une association de se perpétuer et d'immobiliser ses biens dès que les associés restent soumis au droit commun. C'était prétendre que toute association formée en vertu de la liberté de s'associer peut constituer une personne civile en vertu du droit commun. La personnification civile et la mainmorte qui en résulte seraient donc le droit commun de toute société. Où est la loi qui consacre une pareille énormité? La cour de cassation répond que l'arrêt attaqué constate que la société litigieuse n'avait d'autre objet que d'obtenir par une voie détournée le bénéfice de la personnification, et que les parties n'avaient emprunté les formes du contrat de société que pour dissimuler leurs intentions et pour éluder la loi. Tel étant le but de l'association religieuse, le contrat en vertu duquel elle se forme est par cela même frappé de nullité, parce qu'il est fondé sur une cause illicite; il est donc inexistant en vertu de l'article 1131, et, partant, il ne peut produire aucun effet(1).

199. Nous qualifions d'énormité les prétentions des associations religieuses, pour mieux dire, de leurs conseils. Les vraies prétentions de l'Eglise et de tous les établissements ecclésiastiques sont plus énormes encore; elles le sont à tel point que l'on n'ose pas même les avouer en justice. Quelque catholiques que soient les défenseurs de l'Eglise, ils n'ont jamais osé soutenir ni devant les tribunaux, ni au sein des chambres, la doctrine ultramontaine sur le droit divin de l'Eglise, droit qui la place en dehors de la loi et au-dessus de la loi. C'est précisément parce

(1) Rejet, 17 mai 1862, au rapport de M. Paquet et sur les conclusions conformes de M. Leclercq, procureur général (*Pasicrisie*, 1862, 1, 274).

que telle est la dangereuse ambition de l'Eglise que le législateur ne peut pas admettre comme droit commun la personnification de toute espèce d'association, car ce droit commun aboutirait à rétablir les couvents et la mainmorte. Ce n'est pas assez dire. Sous l'ancien régime, les couvents et la mainmorte étaient soumis à des restrictions qui formaient des garanties pour les familles et pour l'Etat. Ces garanties sont incompatibles avec la liberté absolue d'association que notre constitution consacre. Si, de plus, la constitution permettait implicitement, comme on l'a soutenu devant la cour de cassation, aux associations de se perpétuer et d'immobiliser les biens, le législateur aurait rétabli par cela même la mainmorte et les couvents, sans aucune des garanties que l'ancien régime offrait à l'Etat et aux familles. Une pareille législation serait une folie, et c'est une plus grande folie encore de soutenir que tel soit le droit commun.

Ce n'est pas que ce droit commun soit sans inconvénient. C'est un régime de défiance qui entrave la formation et l'existence de toute association libre. Une association religieuse ne peut pas posséder une chapelle; une association de bienfaisance ou d'agrément ne peut posséder le local où elle se réunit. Certes le législateur pourrait, sans danger aucun, autoriser ces associations à acquérir et à posséder, mais il ne peut le faire à cause de l'esprit envahissant de l'Eglise et de ses établissements. C'est parce que l'Eglise menaçait d'envahir toutes les propriétés, que dans tous les pays catholiques la loi a dû défendre les établissements de mainmorte et limiter leurs acquisitions; encore ces restrictions se trouvèrent-elles insuffisantes; et quand la révolution de 1789 éclata, l'abus était tel, qu'il fallut abolir les établissements de mainmorte et déclarer que leurs biens étaient biens de l'Etat. Cela même ne suffit point; il fallut défendre les associations religieuses comme un délit. Vainement crie-t-on à l'oppression et à la tyrannie. Accorder la liberté aux associations religieuses, c'est leur permettre de reconstituer la mainmorte indirectement, sournoisement, en éludant les lois et en les violant. C'est ce qui se passe sous nos

yeux. En vain la justice frappe-t-elle de nullité les actes frauduleux, la fraude continue son œuvre, les établissements de mainmorte se multiplient au mépris de la loi; le législateur laisse faire et les tribunaux sont impuissants. Il y a là un immense danger pour la société. Jadis on se plaignait que les familles étaient dépouillées au profit de l'Eglise. C'est un mal, mais c'est le moindre. Il faut voir quels sont les établissements qui s'enrichissent de ces dépouilles. Ce n'est pas le clergé séculier; les captations se pratiquent par les moines et à leur profit. Or, le monachisme, c'est l'asservissement des âmes; les moines sont des légions de cadavres qui ont pour mission de répandre la superstition et l'ignorance, en faisant de tout homme un esclave de l'Eglise. Sous un pareil régime, les plus fortes nationalités périssent : témoin l'Espagne. C'est donc pour les sociétés catholiques une question de vie ou de mort. Voilà pourquoi nous y revenons sans cesse quand nous rencontrons sur notre chemin l'œuvre de fraude qui, en consolidant le monachisme, prépare la mort de la Belgique. Il nous faut voir les conséquences de la fraude; en les signalant, nous contribuerons peut-être à amener une réaction qui sauvera notre patrie de l'avilissement et de la décadence qui partout accompagnent la domination de l'Eglise.

200. La cour de Bruxelles a jugé que les prétendues sociétés formées par les religieux étaient viciées dans leur essence, parce que la cause en est illicite, et que, par suite, ces conventions ne peuvent produire aucun effet. Ce sont les termes de l'article 1131. Les sociétés étant inexistantes, que deviennent les biens qu'elles possèdent? Quels sont les droits des associés et de leurs héritiers? L'Etat a-t-il un droit? Ces questions sont controversées, et il y a des doutes sérieux.

Nous commençons par les associés. Ont-ils le droit de reprendre leurs apports? Les auteurs sont divisés (1). A notre avis, il faut appliquer aux associations religieuses

(1) Orts, *De l'incapacité civile des congrégations religieuses*, p. 414 et suiv., nos 351-354.

ce que nous avons dit des sociétés illicites (n° 165). Si l'on admet, en principe, que les associations religieuses sont illicites, la conséquence est certaine. Mais le principe est contesté. Si les religieux ont formé un contrat de société, en empruntant les formes du droit commun, ce contrat est nul, plus que cela, inexistant; c'est ce que la jurisprudence des cours de Belgique a décidé (n^os^ 197 et 198). Si, en vertu de ce contrat de société, les religieux ont fait des apports, ils peuvent en exercer la reprise; dans ce cas, on applique, à la lettre, les principes qui régissent les sociétés illicites, puisqu'il y a un contrat que la jurisprudence déclare illicite. Chaque associé peut donc demander que la société soit dissoute, pour mieux dire, déclarée inexistante, et, par suite, reprendre ses apports. C'est le droit commun.

D'ordinaire il ne se fait pas de contrat de société civile entre les religieux, et surtout entre les religieuses; et, la jurisprudence n'en admettant pas la validité, il ne s'en formera plus : ce serait une fraude en pure perte, et les moines ne font que des fraudes qui leur soient profitables. L'association religieuse, alors qu'il n'intervient pas de contrat de société civile, sera une de ces associations libres que la constitution autorise. En ce sens, elle a une existence légale, c'est une communauté de fait. Toutefois, elle diffère des autres associations qui se forment en vertu de la liberté d'association; celles-ci n'ont pas la prétention de former un corps moral, et bien moins encore d'être en dehors et au-dessus de la loi; tandis que toute congrégation religieuse (catholique, bien entendu) a l'ambition de l'Eglise; donc toute congrégation, en ce sens, est illicite. Cela importe peu pour le moment; quand même les associations religieuses seraient, à tous égards, licites, toujours est-il que l'on doit reconnaître à chaque communiste le droit de quitter la communauté et de reprendre ses apports. La cour de Paris l'a jugé ainsi dans une affaire qui a eu du retentissement et sur laquelle il faut nous arrêter un instant. Nous avons rapporté ailleurs les faits et la décision de la cour (t. XVI, n° 71). La cause est remarquable au point de vue des principes que nous

exposons. En France, les congrégations religieuses de femmes peuvent être autorisées; il y en a qui ne demandent pas cette autorisation et qui préfèrent le régime de liberté et de fraude pratiqué en Belgique : telle était la congrégation de Picpus, ou l'institut des Sacrés Cœurs de Jésus et de Marie. L'établissement de cette congrégation n'étant pas autorisé, le tribunal de la Seine en conclut qu'elle n'avait aucun caractère légal; et, n'ayant pas d'existence civile, elle ne pouvait être reçue à former une action judiciaire; par cela même elle ne pouvait être appelée en justice, ni y être représentée. Or, l'action en reprise de la marquise de Guerry était dirigée contre les supérieurs et les membres de la congrégation en cette qualité; elle était donc non recevable. Cette décision confondait toutes choses. Une congrégation peut ne pas être un corps moral et, en ce sens, n'avoir pas de caractère légal, sans que l'on puisse dire qu'il n'y ait pas de communauté légale, légale en ce sens que c'est une association libre, qui peut se former sans autorisation. Elle ne peut sans doute pas être actionnée, ni être représentée en justice, puisqu'elle ne forme ni une personne civile, ni même une société civile; mais en faut-il induire que les membres de ces congrégations n'ont aucune action pour reprendre leurs apports? Sur l'appel, le jugement a été infirmé. La cour de Paris dit que si les communautés religieuses non autorisées ne constituent pas des personnes civiles, elles forment cependant entre les membres dont elles se composent des sociétés de fait responsables, envers les tiers, des engagements qu'elles prennent, soit que ces engagements dérivent de contrats ou quasi-contrats, soit qu'ils aient pour cause des délits ou quasi-délits. Contre qui les actions seront-elles dirigées? Ce que la cour appelle une société de fait n'est autre chose qu'une communauté; ce sont donc les communistes qui doivent être actionnés. L'arrêt porte que la responsabilité qui incombe aux sociétés de fait s'applique, dans la mesure de leur participation aux affaires communes, à tous ceux qui ont fait partie de la congrégation, et surtout à ceux qui, sous le nom de supérieurs ou autres, en ont la direction ou en détiennent

les biens. Restait à établir le droit de la demanderesse. La cour constate que l'institut des Sacrés-Cœurs n'est pas autorisé par l'Etat; de là suit qu'il n'existe pas de lien de droit entre les membres de cette communauté; que chacun peut, à son gré, reprendre sa liberté, et s'il a versé dans la société des effets mobiliers ou immobiliers, en reprendre la possession (1).

La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens. Elles décident que le religieux qui se retire ou qui est expulsé n'a droit qu'à la reprise de ses apports, déduction faite de ses dépenses, dans le règlement desquelles on tient compte de son travail (t. XVI, n° 71).

201. Le religieux qui se retire de l'association a-t-il droit aux bénéfices? peut-il demander sa part dans les biens communs? On admet généralement que le communiste n'a aucun droit sur les biens que la communauté possédait au moment où il y est entré. Sur ce premier point, il n'y a guère de doute. Il faut d'abord écarter l'idée d'un corps moral, il n'y en a pas; les religieux ne forment pas même de société civile. En droit, il n'y a donc pas de biens communs, par conséquent il n'y a rien à partager. On aboutit à la même conséquence quand on considère la nature de la convention qui se forme entre le religieux et la congrégation dans laquelle il est reçu comme membre. Y entre-t-il dans un but de spéculation, pour prendre une part dans les biens que la communauté possède? et l'intention de la communauté est-elle de lui donner une part dans ces biens? Non, certes. Car il fait vœu de pauvreté, et quand même il conserverait la propriété des biens qu'il possède ou qu'il pourra acquérir par héritage, toujours est-il que la volonté des parties contractantes exclut toute idée d'appropriation des biens communs. Dans la pensée des contractants, les biens appartiennent à l'être moral de la congrégation; il ne peut donc pas être question d'une communication de ces biens à ceux qui entrent dans la communauté. Objectera-t-on

(1) Paris, 8 mars 1858 (Dalloz, 1858, 2, 49). Comparez Rejet, chambre civile, 30 décembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 21).

que légalement il n'y a point de corps moral? Sans doute, mais toujours est-il que pour déterminer la nature du contrat qui intervient entre les parties, il faut tenir compte de l'intention de celui qui entre dans la communauté et de ceux qui le reçoivent; l'un n'a pas la volonté d'acquérir, et les autres n'ont point la volonté de lui transmettre une part dans les biens communs; partant, il ne peut être question d'une action en partage de ces biens.

Il y a un arrêt en ce sens, de la cour de Gand (1). On faisait une objection très-spécieuse, en se prévalant du principe consacré par la jurisprudence : c'est qu'il y a une société ou communauté de fait, dont chaque communiste peut demander la liquidation et le partage. La cour répond que cela serait vrai s'il s'agissait d'un membre fondateur de la communauté; il aurait certes le droit de reprendre ses apports et sa part dans les bénéfices, comme il devrait supporter sa part dans les pertes. Mais, dit l'arrêt, ce principe ne saurait recevoir d'application aux membres affiliés postérieurement. Quelle est la raison de cette distinction? La cour répond que « la communauté ayant été affectée, dès son origine, d'une nullité absolue qui l'a empêchée d'exister, n'a pu conférer des droits ni imposer des obligations à personne, le néant ne pouvant être capable ni de donner ni de recevoir. » Cette décision n'est-elle pas trop absolue? L'argument prouve trop, et est en contradiction avec ce que l'arrêt dit du droit des membres fondateurs. Si la nullité ou l'inexistence de la communauté, à titre de personne morale ou de société civile, n'empêche pas le partage du fonds commun entre les membres fondateurs, elle n'empêche pas non plus les membres affiliés d'agir; s'il y a pour les premiers des intérêts communs à liquider, il doit en être de même pour les autres. Supposons que la communauté ait fait des acquisitions depuis l'affiliation du religieux qui agit en partage, sa situation sera la même que celle des membres fondateurs. La question doit donc être généralisée, et l'on doit voir s'il existe, entre les membres d'une

(1) Gand, 27 juin 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 343).

congrégation, des droits communs qui autorisent une demande en partage.

La cour de Gand établit un principe qui est vrai, mais qui ne doit pas être pris dans un sens trop absolu : les communautés religieuses, dit-elle, qui n'ont pas obtenu la personnification civile n'ont aucune existence légale, d'où suit qu'elles ne peuvent pas valablement contracter ; il n'y a aucun lien de droit entre elle et ses membres ; tout engagement quelconque qui interviendrait entre la communauté comme telle et les membres qui s'y affilient, est sans valeur aux yeux de la loi. La cour conclut qu'il n'y a entre la congrégation et les membres qu'un lien moral, qu'une communauté spirituelle, dépouillée de tout intérêt pécuniaire, et que, par suite, les membres ne peuvent réclamer d'autre droit que la reprise de tout ce dont la communauté s'est enrichie par le fait du religieux qui la quitte. Cette dernière proposition restreint déjà le principe trop absolu qui sert de point de départ à l'argumentation de la cour. De ce que la congrégation n'est pas une personne morale, ni même une société civile, on ne peut pas conclure que la communauté de fait qui existe entre les membres soit illicite et ne puisse donner lieu à aucune action ; l'arrêt même dit le contraire, puisqu'il décide que la communauté est tenue en tant qu'elle s'est enrichie. Ce qui a trompé la cour, nous semble-t-il, c'est qu'elle a étendu trop loin les conséquences du principe de l'inexistence des congrégations à titre de personnes civiles. Il reste une association libre très-licite, puisqu'elle se forme en vertu de la constitution ; or, il n'y a pas d'association sans intérêts communs, intérêts pécuniaires qui donnent lieu à liquidation et à partage. La difficulté consiste donc à préciser ces intérêts communs et les droits qui en résultent. Or, dès que les nouveaux membres font un apport, cette mise est versée dans le fonds commun ; de là résulte nécessairement un intérêt du communiste dans le fonds commun. Si la communauté fait une acquisition avec des deniers communs, chaque membre y a une part, à raison de sa mise ; donc ceux qui quittent la congrégation ont droit de réclamer non-

seulement leurs apports, mais encore ce dont la communauté s'est enrichie à raison de cet apport. C'est ce que la cour de Gand dit elle-même, et c'est à ce principe qu'il faut s'en tenir : la communauté est tenue en tant qu'elle s'est enrichie.

Un arrêt postérieur de la cour de Gand a rectifié ce que le premier a de trop absolu. Les congrégations n'ont pas d'existence légale, dit la cour, bien entendu comme corps moral, ou comme société civile. De là suit que les membres ne peuvent avoir ni droits ni obligations à ce titre; la congrégation ne peut rien acquérir comme personne civile, et les membres qui y entrent n'acquièrent aucun droit contre une corporation qui n'existe point. Tel est le droit dans toute sa rigueur. Mais il y a, de fait, des intérêts communs; les communistes peuvent s'enrichir l'un au préjudice de l'autre, et ils sont tenus en tant qu'ils s'enrichissent. Le religieux qui quitte la congrégation a donc une action, non-seulement en reprise de ses apports, mais il peut encore demander que les communistes qui restent dans la congrégation lui tiennent compte de ce dont ils se sont enrichis à raison de cet apport; de leur côté, les communistes pourraient porter en compte ce dont le membre sortant s'est enrichi. Cela décide la question du partage des biens; dans l'espèce, dit l'arrêt, il n'avait été ni justifié ni même allégué que, depuis l'entrée de la demanderesse dans la congrégation, des biens quelconques eussent été acquis pour le compte des communistes, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit (1). Cela implique que la cour aurait admis l'action si cette justification avait été faite.

202. La cour de Paris a jugé, dans l'affaire de la marquise de Guerry (n° 200), que celle-ci ayant appartenu, pendant plus de trente années, à la communauté de Picpus, il était conforme au droit qu'elle supportât sa part des dettes et charges de la société pendant ce long espace de temps. Il est dit dans l'arrêt que la demanderesse elle-même reconnaissait la justice de ces déduc-

(1) Gand, 24 décembre 1869 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 314).

tions ; elle avait mis dans la communauté une somme de 1,200,000 francs ; la cour fixa à 500,000 francs la somme dont la communauté s'était enrichie, et qu'elle était tenue en conséquence de restituer ; elle condamna en conséquence les directeurs et membres de la congrégation, comme ayant ou ayant eu la direction de la congrégation et détenant ses biens ; la condamnation fut prononcée solidairement, parce que, d'après la jurisprudence, l'obligation de restitution résulte d'un quasi-délit, et les auteurs d'un quasi-délit sont tenus solidairement d'après la doctrine généralement admise.

Ce que la cour de Paris dit des pertes et charges doit s'appliquer aussi aux bénéfices ; on ne concevrait pas que les associés fussent tenus des pertes et qu'ils n'eussent aucun droit aux bénéfices que la communauté aurait réalisés. La question est au fond la même que celle que nous venons d'examiner, et l'arrêt de la cour de Paris confirme implicitement notre doctrine. On peut objecter que les associations religieuses ne se forment pas en vue d'un bénéfice à réaliser et à partager, et que c'est là le motif pour lequel elles ne constituent pas des sociétés civiles ; n'est-il pas contradictoire que l'on partage des bénéfices, là où, légalement parlant, il n'y a pas de bénéfices ? La contradiction existe dans la situation anomale des congrégations. Elles sont fondées sur le vœu de pauvreté ; il y en a qui poussent la réprobation de toute propriété jusqu'à exclure la propriété commune ; nous avons dit ailleurs les impossibilités juridiques auxquelles aboutit cette étrange prétention à une perfection qui est incompatible avec les nécessités de la vie (1). Dans la plupart des ordres, la réprobation de la propriété individuelle n'empêchait pas l'âpre convoitise de la corporation, ni par conséquent l'idée de lucre et de bénéfice ; seulement le profit était pour le corps, les membres n'y avaient aucune part. Depuis l'abolition des corporations religieuses, il n'y a plus de corps moral, il n'y a que des commu-

(1) Voyez mon *Etude sur la féodalité et l'Eglise* (t. VII de mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*).

nistes; donc légalement ils profitent des bénéfices. On peut appliquer aux bénéfices le principe consacré par la jurisprudence; les communistes qui s'enrichissent des gains réalisés avec la mise d'un membre qui quitte la communauté lui en doivent compte (1).

Il y a encore une autre anomalie dans l'existence des communautés religieuses. Nous avons dit ailleurs qu'elles constituent un fait illicite en tant qu'elles se proposent le rétablissement des corporations à titre de personnes civiles (t. XVI, n° 68). Or, elles n'ont pas d'autre but; si donc on ne tenait compte que de l'intention des parties contractantes, il faudrait dire que le fait même de la communauté est illicite, et frappé comme tel d'une nullité radicale; légalement la communauté serait donc inexistante, et ne donnerait lieu à aucune action, puisqu'il ne peut pas résulter d'action du néant. Mais il reste toujours un fait dont il faut tenir compte, la vie commune des religieux et les intérêts communs qu'elle engendre. On ne peut pas dire que la vie commune soit illicite; le but que les contractants se proposent est illicite, et il vicie tout ce que les communistes font pour le réaliser. Mais la communauté d'existence fait naître des intérêts communs qu'il faut nécessairement régler. Cela est même vrai quand l'association constitue un délit (n^os^ 166-168); à plus forte raison en est-il ainsi des associations religieuses, qui par elles-mêmes n'ont rien d'illicite. L'anomalie subsiste, il est vrai, et elle est insoluble; il faut l'accepter en tenant compte de tous les éléments complexes de la communauté dont il s'agit de régler les conséquences juridiques. La communauté est tout ensemble licite et illicite. Ce qu'elle a de licite ne peut légitimer le but illicite qu'elle poursuit; mais aussi ce qu'elle a d'illicite ne peut pas vicier ce que l'association a de légitime. Seulement l'élément licite et l'élément illicite s'enchevêtrent tellement, qu'ils semblent inséparables l'un de l'autre. De là naissent des difficultés inextricables, quand il s'agit de préciser qui est proprié-

(1) Orts, *De l'incapacité civile des congrégations religieuses*, p. 417, n° 355. Comparez mon t. XVI, p. 98, n° 71.

taire des biens que les communistes acquièrent à titre gratuit ou à titre onéreux.

203. Nous avons examiné, au titre des *Donations et Testaments*, la question de savoir quel est l'effet des libéralités que reçoivent les communautés religieuses (t. XI, n° 180). La jurisprudence les déclare radicalement nulles; le donateur reste donc propriétaire, il peut revendiquer. Il en est de même des acquisitions à titre onéreux; les communautés sont incapables d'acquérir et de posséder à quelque titre que ce soit, puisqu'elles n'existent point. Les héritiers du donateur ou du vendeur ont le même droit que leur auteur. Sur ce point il n'y a aucun doute. Mais il y a d'autres questions qui nous paraissent très-douteuses.

Nous avons rapporté ailleurs les dispositions que l'ordonnance de 1749 contient en faveur des héritiers : plus prévoyante que la législation moderne, elle a cherché à garantir les familles contre les spoliations incessantes dont elles sont les victimes (t. XI, n° 181). De là l'intérêt de savoir si cette ordonnance est encore en vigueur. L'article 10 permettait à un seul enfant ou présomptif héritier de réclamer, même du vivant de ses parents donateurs, les biens dont ceux-ci avaient disposé en faveur d'établissements de mainmorte. On l'a invoqué devant la cour de cassation dans l'affaire Lacordaire : la cour a jugé que les dispositions exceptionnelles de l'édit étaient abrogées, parce qu'elles n'ont pas été reproduites par nos lois modernes et qu'elles ne sont pas en harmonie avec leur texte et leur esprit (1). Cela nous paraît très-douteux. Les lois sont faites dans un esprit de perpétuité; elles conservent leur force obligatoire tant qu'elles ne sont pas abrogées. Dans l'espèce, il n'y a pas d'abrogation expresse. Y a-t-il abrogation tacite? On ne peut pas se prévaloir de la loi du 30 ventôse an XII; on pourrait plutôt l'invoquer contre l'abrogation; en effet, l'article 7 n'abroge le droit ancien que dans les matières qui sont l'objet du code civil; or, le code ne traite pas des corpo-

(1) Rejet, chambre civile, 30 mai 1870 (Dalloz, 1870, 1, 277).

rations illicites ; les ordres monastiques étaient abolis, et le législateur ne prévoyait certes pas qu'ils seraient un jour reconstitués par la fraude. La cour de cassation dit que l'édit de 1749 n'est pas en harmonie avec l'esprit des lois nouvelles ; cela est très-vague et très-dangereux ; si l'on pouvait se prévaloir de l'esprit de la législation moderne pour en induire l'abrogation des lois anciennes, une masse de lois seraient abrogées. Il n'est pas même exact de dire qu'il y a opposition entre l'esprit de nos lois et les dispositions exceptionnelles de l'édit ; l'édit a pour objet de garantir les familles contre la cupidité des corporations religieuses : est-ce que le législateur moderne doit se montrer moins soucieux du droit des familles? Les moyens sont exceptionnels, il est vrai, et en dehors du droit commun ; mais la fraude exige des remèdes extraordinaires, et si l'on faisait une loi nouvelle, on serait également obligé de recourir à des mesures exceptionnelles. C'est, en tout cas, une question à examiner ; l'arrêt de la cour de cassation ne la tranche point ; il ne devait pas même statuer sur ce moyen allégué par le pourvoi, parce qu'il n'avait été invoqué ni en première instance ni en appel.

204. La cour de cassation a jugé, dans la même affaire, que les héritiers n'ont aucun droit sur les biens que leur auteur a acquis, à titre gratuit ou onéreux, pour le compte de la congrégation. Il y a plus d'un motif de douter. La congrégation ne devient pas propriétaire, puisqu'elle n'existe pas aux yeux de la loi ; mais le membre qui acquiert comme personne interposée n'est pas non plus propriétaire ; en effet, on ne peut pas acquérir la propriété malgré soi ; or, il est certain que la personne interposée n'entend pas acquérir les biens pour elle, donc elle n'est pas propriétaire. Vainement les héritiers disaient-ils que la congrégation était radicalement incapable d'acquérir ; la cour répond que c'est le demandeur au pétitoire qui doit justifier de son droit de propriété, et que s'il ne le fait point, il doit succomber dans son action, sans qu'il puisse se prévaloir des vices du titre ou de la possession du défendeur ; ces vices, dit l'arrêt, ne sau-

raient profiter à celui qui n'est pas propriétaire et lui fournir le moyen de s'enrichir aux dépens d'autrui.

Ces derniers mots soulèvent un doute. Aux dépens de qui les héritiers s'enrichiraient-ils en revendiquant des biens que leur auteur a acquis pour la communauté? Ce n'est pas aux dépens de la communauté, car la communauté c'est le néant : est-ce qu'on s'enrichit aux dépens d'un non-être? Reste à savoir qui est propriétaire? On ne le sait. Ce n'est ni la personne interposée, ni la communauté. Quand il s'agit d'une donation, on peut dire que le donateur reste propriétaire, puisque la donation est considérée comme inexistante. Mais lorsque l'acquisition se fait à titre onéreux, est-ce aussi le vendeur qui restera propriétaire? On peut le soutenir, puisque la vente faite à un non-être, par l'intermédiaire d'une personne interposée, est radicalement nulle, c'est-à-dire inexistante. Mais cette solution ne résout point la difficulté. Supposons que le vendeur agisse pour que la vente soit déclarée nulle ou inexistante; il devra restituer le prix qu'il a touché : que deviendront ces deniers? à qui appartiendront-ils? Ni à la communauté, ni à la personne interposée; appartiendront-ils aux donateurs qui ont remis leurs offrandes au religieux, personne interposée? On pourrait le soutenir si les dons avaient été faits pour être remis ou pour profiter à la communauté; le don manuel serait inexistant dans ce cas. Mais ce n'est pas ainsi que les choses se passent. Les nombreuses offrandes qui étaient faites au père Lacordaire étaient mises à sa disposition absolue, il en devenait donc réellement propriétaire, avec charge d'employer les deniers conformément aux intentions des donateurs, c'est-à-dire en œuvres pies. Que deviennent les deniers non employés? Ils passent aux héritiers avec la charge.

205. Il y a un arrêt de la cour de Liége qui paraît contraire à l'opinion générale. Dans une matière aussi difficile, il importe d'entendre tous les avis. Voici les faits. Nous avons dit que les lois de la révolution qui supprimèrent en Belgique les corporations religieuses et confisquèrent leurs biens autorisèrent les anciens religieux

à acquérir des biens moyennant leurs bons de retraite (n° 198). Le dernier abbé des Prémontrés de Floreffe profita de cette disposition pour acheter, en l'an v, avec trois membres de l'ancienne congrégation, les bâtiments de l'abbaye et des terres qui en dépendaient. Il se considérait toujours comme abbé de Floreffe et agissait comme tel. La communauté comptait encore soixante membres qui vivaient dispersés; l'abbé maintenait entre eux l'ordre et la discipline, autant que la dispersion des moines le permettait. Sa grande préoccupation était de conserver les biens de l'abbaye. D'après la loi civile, l'acquisition s'était faite au profit des religieux qui figuraient dans les actes. L'abbé exigea de chacun des acquéreurs, sous peine d'anathème, une déclaration portant que les biens avaient été acquis par la communauté. Il forma même une société, dont le but était de conserver ces biens à l'Eglise, pour reconstituer l'abbaye de Floreffe, si les circonstances le permettaient, et, si la chose était impossible, pour donner une autre destination religieuse aux biens qui avaient appartenu à la communauté. A cet effet, chacun des religieux qui venait à mourir instituait comme ses légataires universels deux membres de la congrégation. Toutefois le moment vint où les derniers survivants, convaincus de l'impossibilité de rétablir la communauté de Floreffe, firent donation des biens au séminaire de Namur. La plupart des héritiers respectèrent les dispositions faites par leurs auteurs. Il y eut toutefois une action en nullité contre le testament de l'abbé de Floreffe. C'est sur cette action qu'intervint l'arrêt de la cour de Liége qui donna gain de cause aux héritiers.

La première question était de savoir si les biens achetés par l'abbé étaient devenus sa propriété. On le contestait dans l'intérêt du séminaire, l'intention de l'abbé ayant été de les acquérir pour la communauté. La cour répond que la vente de l'an v consentie par l'Etat à l'ancien abbé de Floreffe avait transféré la propriété à l'acheteur. Peu importe que l'abbé eût la pensée intime de faire l'acquisition, non pour lui-même, mais pour le compte de la communauté, cette intention cachée et contraire à la loi ne

pouvait pas enlever à un acte passé dans les formes légales la force et les effets qui y sont attachés par la loi. A l'objection que l'abbé ne pouvait devenir propriétaire sans son consentement, et qu'il n'avait jamais eu la volonté de le devenir, la cour répond que, dans cette opinion, la propriété n'aurait passé à personne. Elle ne pouvait être transmise à une corporation qui n'avait pas d'existence légale, ni à des personnes inconnues ne figurant pas à l'acte; d'un autre côté, elle n'a pas pu rester en suspens pendant un temps plus ou moins long, jusqu'au moment de la donation faite au séminaire. Il faut donc bien admettre que la propriété a été transférée aux personnes qui figurent à l'acte comme acquéreurs. Le système contraire, dit la cour, aurait des conséquences qui prouvent qu'il est inadmissible : il laisserait la propriété incertaine et en suspens et substituerait à la réalité légale, base de la transmission de la propriété, une fiction contraire à un acte de vente régulier et répudiée par la loi même. La décision de la cour, sur ce premier point, entraînait la décision du procès. Il était facile de prouver que le testament fait par l'abbé de Floreffe contenait un fidéicommis tacite prohibé par la loi, soit au profit d'une communauté inexistante, soit au profit d'une personne incertaine (1).

L'arrêt de la cour de Liége est-il en opposition avec la jurisprudence française et belge, qui refuse toute action aux héritiers d'une personne interposée? Constatons d'abord que l'arrêt ne décide pas la question en ces termes absolus; et pour interpréter une décision judiciaire, il faut toujours tenir compte des circonstances dans lesquelles elle a été rendue. Dans l'espèce, il était difficile de considérer l'ancien abbé de Floreffe comme personne interposée dans l'acte de vente de l'an v. En effet, l'interposition de personne implique que celui qui acquiert le fait pour transmettre les biens à un tiers; or, dans l'espèce, cela était impossible; car il n'y avait ni communauté de droit, la corporation étant supprimée, ni communauté de

(1) Liége, 25 mars 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 187).

fait, les moines étant dispersés. Dans sa correspondance, l'abbé avoue que la communauté n'existait même plus en fait, les religieux étant dispersés dans les neuf départements. Il y a plus; l'abbé y proteste de son respect pour la loi civile, il n'entendait pas se mettre en révolte contre la loi en considérant l'abbaye comme existant encore malgré sa suppression; seulement il nourrissait l'espoir, bien naturel, que sa communauté serait un jour rétablie; en tout cas, il voulait conserver ses biens à l'Eglise. Son intention, en les achetant, était donc de les transmettre plus tard, soit à sa communauté, soit à un établissement ecclésiastique; mais, pour pouvoir les transmettre, il devait lui-même être propriétaire. Il l'est donc devenu par la vente de l'an v; partant, les biens étaient entrés dans son patrimoine, et ils pouvaient passer à ses héritiers. Restait à savoir si le testament par lequel l'abbé instituait deux religieux comme ses légataires universels était valable. Nous renvoyons, sur ce point, aux principes que nous avons exposés au titre des *Donations et Testaments.*

Il y a une différence entre les faits de la cause ainsi établis et le cas d'une véritable interposition de personne, tel qu'il se présentait, par exemple, dans le procès Lacordaire. Dans cette dernière espèce, il y avait une communauté de fait au profit de laquelle l'illustre abbé entendait acquérir, à titre gratuit ou onéreux, les biens qui lui étaient donnés ou qu'il achetait; il était donc réellement personne interposée dans les actes où il figurait; les parties contractantes savaient très-bien que Lacordaire agissait pour le compte de l'ordre des Dominicains, dont il était le restaurateur. Il est vrai qu'il était personne interposée au profit d'une communauté incapable d'acquérir soit à titre gratuit, soit à titre onéreux; mais peu importe, dans notre débat; il s'agit uniquement de savoir, pour le moment, si l'acquéreur en titre devient propriétaire quand il est personne interposée. La négative nous paraît certaine.

Si l'on interprète ainsi l'arrêt de la cour de Liége, il se concilie avec la jurisprudence générale. Mais nous avouons que notre interprétation est douteuse. La cour ne fait pas

la distinction que nous venons de proposer ; sa décision est conçue en termes généraux ; donc on pourrait s'en emparer pour soutenir que l'acquisition faite au profit d'une congrégation supprimée, quoique existant de fait, profite à celui qui figure à l'acte. Si l'on entendait l'arrêt en ce sens, il serait, à notre avis, contraire aux principes ; nous croyons que la cour de cassation de France a bien jugé en décidant que les héritiers de la personne interposée n'ont pas d'action contre les possesseurs des biens, quelque vicieux que soit le titre de ces possesseurs (n° 204). La cour de Liége a raison de dire qu'il résulte de là des conséquences étranges : l'incertitude de la propriété. Légalement il faut dire qu'il ne s'opère pas de transmission de propriété ; la personne interposée ne devient pas propriétaire et la communauté ne peut pas le devenir ; de sorte que, dans la rigueur du droit, la propriété reste au donateur ou au vendeur.

206. Pour mettre sous les yeux de nos lecteurs tous les éléments du débat, nous devons mentionner un arrêt de la cour de Bruxelles qui paraît en opposition directe avec l'arrêt de Liége. Il s'agissait aussi de religieux prémontrés de l'abbaye d'Averbode, et d'acquisitions par eux faites pour reconstituer leur abbaye. Ces acquisitions se firent d'abord par un intermédiaire n'appartenant pas à l'ordre, puis elles furent cédées à un religieux, proviseur de la communauté, lequel, de son côté, les continua. Les héritiers furent déclarés non recevables dans leur action en revendication. En apparence, l'identité des deux causes est complète et la décision contraire. Toutefois il y a une nuance dans les faits, et elle est considérable. D'après ce que nous venons de dire, le point essentiel du débat est celui-ci : l'acquisition est-elle faite par personne interposée? Dans l'affaire jugée par la cour de Liége, on peut soutenir qu'il n'y avait pas interposition, tandis que la cour de Bruxelles démontre longuement que les acquéreurs en nom étaient des personnes interposées. A la différence des religieux de Floreffe, les moines d'Averbode se mirent en révolte ouverte contre les lois qui supprimaient leur communauté ; ils refusèrent de recevoir les bons qui leur

furent offerts; il fallut les expulser par la force; d'avance ils avaient cherché à soustraire une partie de leurs biens à la confiscation qui les menaçait. Depuis leur expulsion, ils ne cessèrent de travailler à la reconstitution de leur abbaye : la cour constate qu'ils agissaient toujours en commun, dans une pensée et dans un but communs, l'intérêt de leur congrégation, laquelle, à leurs yeux, subsistait toujours, malgré sa suppression. Il y avait non-seulement un lien commun entre les religieux dispersés, comme à Floreffe, ils avaient encore, à certaines époques, des réunions et des délibérations en commun dans leur ancien couvent; la hiérarchie des grades était conservée entre eux; ils avaient un prélat, un prieur, un sous-prieur, un cellérier, un camérier, des proviseurs, exerçant chacun, autant que les circonstances le permettaient, les fonctions attribuées à son grade. A raison de ces circonstances, on ne pouvait pas supposer, comme on peut le faire à Floreffe, que l'acquéreur en nom aurait reçu les biens pour les remettre à sa communauté le jour où celle-ci aurait capacité pour recevoir; les religieux d'Averbode étaient très-convaincus que leur communauté existait toujours en droit et en fait. Dans cet état de choses, l'interposition de personnes se conçoit; et dès que l'acquisition se fait par une personne interposée, les héritiers de celle-ci sont sans droit (1).

207. L'incertitude de la propriété soulève une dernière difficulté, la plus grave de toutes. Si le vrai propriétaire n'agit point, que deviennent les biens? Les possesseurs ne sont pas propriétaires, ils ne peuvent pas même le devenir par la prescription (t. XI, n° 182). Mais le droit de revendication se prescrit par trente ans, comme toute action. Après ce délai, les biens possédés par les communautés sont sans maître; par suite, ils appartiennent à l'Etat (t. VI, n° 166). Si l'on admettait que l'édit de 1749 est encore en vigueur, l'Etat pourrait confisquer les biens acquis par les communautés sans attendre la prescrip-

(1) Bruxelles, 3 mars 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 203). Comparez Orts, p. 360, n° 307.

tion. Quelle que soit l'opinion que l'on adopte, il est urgent de mettre fin au scandale qui doit affliger tous ceux qui prennent à cœur le maintien du droit et du sens moral. Nous avons, ici et ailleurs (1), appelé l'attention publique sur la lutte fatale des corporations religieuses contre des lois d'ordre public; il n'y a pas de société possible quand la loi n'est pas respectée; or, la loi est violée tous les jours par des communautés religieuses qui ont la prétention de pratiquer la perfection évangélique : elles vivent de mensonge et d'illégalité. Le but que les congrégations poursuivent est aussi funeste que la violation incessante de la loi dont elles se rendent coupables. Elles répandent l'ignorance et la superstition, elles vicient l'intelligence et le cœur des générations naissantes. Le mal est déjà grand, il va tous les jours croissant; l'avenir de la Belgique est en jeu. Que dira l'histoire si le législateur reste dans l'inaction, alors que l'on détruit dans ses fondements le droit et la morale?

CHAPITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS.

SECTION I. — Des sociétés civiles et commerciales.

208. Les sociétés sont civiles ou commerciales. Cette division est établie implicitement par le code civil. L'article 1873 porte : « Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et aux usages du commerce. » Par contre, il y a des règles du droit commer-

(1) Voyez mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat en Belgique*, et mes *Principes*, t. XVI, p. 85, n° 65, et t. XI, p. 216, n^os^ 165-168.

cial qui ne s'appliquent pas aux sociétés civiles. Il importe donc de déterminer les caractères qui les distinguent.

§ Ier. *Principe.*

209. La loi du 18 mai 1873, qui remplace le titre IX du livre I du code de commerce, définit les sociétés commerciales celles qui ont pour objet les actes de commerce. Qu'entend-on par actes de commerce? Cette question est étrangère à notre travail; nous nous bornons à transcrire l'article 632 du code de commerce, qui est le siége de la matière : « La loi répute actes de commerce tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage : toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau; toute entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics; toute opération de change, banque et courtage; toutes les opérations de banques publiques; toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers; entre toutes personnes, les lettres de change, ou remises d'argent faites de place en place. » Cette disposition donne lieu à de nombreuses difficultés; les seules qui nous intéressent sont celles qui concernent les actes civils dont s'occupent les sociétés civiles et qui servent à les distinguer des sociétés commerciales, lesquelles ont pour objet des actes de commerce. Avant tout, nous devons montrer quel est l'intérêt de la question, en exposant les différences principales qui existent entre les deux espèces de sociétés.

210. Nous en avons déjà indiqué une qui est considérable; les sociétés de commerce proprement dites constituent une individualité juridique distincte de celle des associés; ce sont les termes de la loi du 18 mai 1873; tandis que la loi ne reconnaît aucune individualité juridique aux associations commerciales momentanées et aux associations commerciales en participation, ni, par conséquent, aux sociétés civiles. Nous renvoyons à ce qui a

été dit plus haut sur les conséquences importantes qui découlent de cette distinction (n° 182).

211. Les sociétés civiles sont des contrats non solennels; elles se forment par le seul consentement, et elles se prouvent d'après le droit commun (n^os^ 170-180). Il n'en est pas de même des sociétés de commerce. La loi du 18 mai 1873 distingue. Les associations momentanées et les associations en participation ne sont soumises à aucune condition de forme, et elles se prouvent d'après les règles du droit commercial. Les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions sont des contrats solennels, en ce sens qu'elles doivent être formées par des actes authentiques, sous peine de nullité. Les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés coopératives doivent aussi être formées par acte, sous peine de nullité; mais la loi se contente d'un écrit sous seing privé dressé conformément à l'article 1325. La solennité a un caractère particulier en matière de sociétés commerciales; elle est requise, non pour l'existence, mais seulement pour la validité du contrat; quoique les formes prescrites par la loi n'aient pas été observées, la société n'en existe pas moins; les associés ne peuvent pas opposer la nullité aux tiers; et entre eux la société existe également jusqu'à ce que la nullité ait été prononcée; et quand la société est annulée, l'annulation n'a d'effet qu'à partir de la demande (art. 4 et 5).

Les actes que la loi prescrit pour la validité des sociétés de commerce doivent de plus être rendus publics par la voie du *Moniteur*: les actes de société anonyme, de société en commandite par actions et de société coopérative sont publiés en entier : les actes de société en nom collectif et de commandite simple sont publiés par extrait. Nous renvoyons pour les détails à la loi du 18 mai 1873 (art. 6-10). La publicité n'est pas prescrite sous peine de nullité, elle est établie dans l'intérêt des tiers qui contractent avec la société; par suite, les associés ne peuvent pas opposer leur contrat aux tiers tant qu'il n'a pas été publié, mais les associés ne peuvent pas se prévaloir du défaut de publication contre les tiers. De plus les sociétés

ne peuvent agir en justice tant que l'acte n'a pas été rendu public. Enfin la loi soumet à un enregistrement forcé de 50 francs à 5,000 les actes dont le dépôt n'est point fait dans le délai qu'elle prescrit (art. 11). Ces solennités et ces formes de publicité établissent une différence considérable entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales. Nous dirons plus loin si les sociétés civiles peuvent se transformer en sociétés commerciales, en remplissant les formalités que la loi établit pour les sociétés de commerce.

212. Dans les sociétés de commerce, les associés sont, en général, tenus solidairement des dettes contractées par la société. La loi du 18 mai 1873 contient à cet égard les dispositions suivantes :

Les associés en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale (art. 17).

Dans la société en commandite simple, les associés commandités sont solidairement responsables. Les associés commanditaires, simples bailleurs de fonds, ne sont tenus des dettes de la société que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont promis d'y apporter, à condition de rester étrangers à toute gestion (art. 18, 21 et 22); dès qu'ils interviennent dans les affaires sociales, ils sont solidairement responsables (art. 23).

Il en est de même dans la société en commandite par actions ; c'est celle que contractent un ou plusieurs associés responsables et solidaires avec des actionnaires qui n'engagent qu'une mise déterminée (art. 74).

Quand l'association est momentanée, les associés sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils traitent (art. 108).

Dans les sociétés coopératives, les associés peuvent s'engager solidairement ou divisément, indéfiniment ou jusqu'à concurrence d'une certaine valeur (art. 86).

La société anonyme est celle dans laquelle les associés n'engagent qu'une mise déterminée (art. 26).

Dans les sociétés civiles, les associés ne sont pas tenus

solidairement des dettes sociales; en principe, ils sont obligés chacun pour une part virile, c'est-à-dire divisée (art. 1862). Ainsi, dans les sociétés civiles, la condition des associés est moins onéreuse et les créanciers ont moins de garanties. Par contre, dans les sociétés de commerce, les tiers courent plus de risques, puisque, ces sociétés ayant pour objet la spéculation, les faillites viennent trop souvent compromettre les intérêts des tiers, en même temps que ceux des bailleurs de fonds.

213. Tout commerçant qui cesse ses payements et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite (loi du 18 avril 1851, art. 437). La faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce, rendu, soit sur l'aveu du failli, soit à la requête d'un créancier, soit d'office (art. 442).

Les débiteurs non commerçants ne sont pas déclarés en faillite. Il résulte de là des conséquences très-importantes. Le débiteur civil qui est en déconfiture conserve la libre administration et la disposition de son patrimoine; tandis que le failli est dessaisi de l'administration de tous ses biens, et tous actes par lui faits depuis le jugement déclaratif de faillite sont nuls de droit.

Il en est de même des sociétés. Les sociétés civiles ne peuvent pas être déclarées en faillite; elles sont soumises aux principes qui régissent la déconfiture. Les sociétés commerciales peuvent être déclarées en faillite. La loi du 18 avril 1851, qui a remplacé le livre III du code de commerce, contient plusieurs dispositions à cet égard; nous nous bornerons à en citer une. Tout failli est tenu, dans les trois jours de la cessation de ses payements, d'en faire l'aveu au greffe du tribunal de commerce. En cas de faillite d'une société en nom collectif, l'aveu doit contenir les noms des associés solidaires. Lorsqu'une société anonyme est déclarée en faillite, la procédure est poursuivie contre les gérants (art. 440).

214. D'après le code de commerce (art. 51), toute contestation entre associés, et pour raison de la société, devait être jugée par des arbitres. L'arbitrage forcé n'a pas été maintenu par la loi du 18 mai 1873; les sociétés commer-

ciales restent donc sous l'empire du droit commun en ce qui concerne la compétence. Aux termes de l'article 631 du code de commerce, « les tribunaux de commerce connaîtront 1° de toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ; 2° entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce. » Les contestations entre associés sont donc de la compétence des juges consulaires, tandis que les procès de même nature, en matière de société civile, sont soumis aux tribunaux ordinaires. Les tribunaux de commerce sont incompétents dans ce cas. Il a été jugé que l'incompétence peut être opposée en tout état de cause, alors même que la partie qui élève cette exception aurait consenti devant le tribunal de commerce à une nomination d'arbitres (1).

Le code de procédure trace des règles particulières pour l'assignation des sociétés commerciales. Aux termes de l'article 69, les sociétés de commerce sont assignées en leur maison sociale, et s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de l'un des associés (art. 69, 6°). Cette disposition suppose que les sociétés commerciales forment des personnes morales ; elle est donc inapplicable aux sociétés civiles. Les sociétés civiles ne peuvent pas être assignées comme telles, puisqu'elles n'ont pas de personnalité distincte de celle des associés ; ce sont les associés qui constituent la société ; il faut donc, comme le dit la cour de Bruxelles, que le demandeur assigne chacun des individus qui, réunis, forment la société (2).

215. La société civile finit par la mort de l'un des associés (art. 1865, 3°). Cette règle n'est pas applicable à la société anonyme ni à la société en commandite par actions : elles survivent au décès de l'associé actionnaire ou commanditaire. Quand l'article 1865, 3°, est-il applicable aux sociétés de commerce? La question appartient au droit commercial.

216. La loi du 18 mai 1873 établit une prescription

(1) Nîmes, 27 mai 1851 (Dalloz, 1854, 2, 43).
(2) Bruxelles, 16 avril 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 263).

spéciale de cinq ans au profit des associés. Nous transcrivons l'article 127 :

« Sont prescrites par cinq ans :

« Toutes actions contre les associés ou actionnaires, à partir de la publication soit de leur retraite de la société, soit d'un acte de dissolution de la société ou à partir de son terme contractuel ;

« Toute action de tiers en répétition de dividendes indûment distribués à partir de la distribution ;

« Toutes actions contre les liquidateurs, en cette qualité, à partir de la clôture de la liquidation publiée dans le *Moniteur* ;

« Toutes actions contre les gérants, administrateurs, commissaires, liquidateurs, pour faits de leur mandat, à partir de ces faits. Toutefois l'action individuelle des actionnaires, dans le cas où l'assemblée générale a approuvé l'action sociale, devra être intentée dans l'année à partir de cette approbation (1). »

Les associés dans les sociétés civiles, ainsi que les administrateurs, restent sous l'empire du droit commun ; ils ne sont donc libérés que par la prescription générale de trente ans.

§ II. *Les sociétés civiles peuvent-elles être transformées en sociétés de commerce?*

217. La question, posée dans ces termes absolus, n'a point de sens. Sans doute les parties jouissent d'une entière liberté dans leurs conventions, mais elles ne peuvent pas l'impossible ; or, ce serait vouloir l'impossible que de convenir qu'une société qui, par sa nature, est civile sera une société commerciale. En effet, la loi définit les sociétés de commerce : ce sont celles qui ont pour objet des actes de commerce (n° 209) ; et la loi définit aussi quels actes sont des actes de commerce. Dire que les parties

(1) Il faut consulter, sur les sociétés de commerce, l'excellent ouvrage de M. Namur, *le Code de commerce belge*, t. II (1876).

peuvent déclarer commerciale une société qui a pour objet des actes civils, ce serait dire qu'il dépend d'elles de changer la nature légale des actes, de sorte qu'un acte civil deviendrait un acte de commerce; ce serait faire la loi, puisqu'il en résulterait qu'il y a d'autres actes de commerce que ceux auxquels la loi donne cette qualification. On dira que les lois commerciales, de même que les lois civiles, ne concernent que l'intérêt privé; or, il appartient toujours aux parties de déroger à ces lois, à moins qu'il ne s'agisse de dispositions concernant l'ordre public et les bonnes mœurs. Le principe est incontestable, mais il prouve que la liberté des parties contractantes n'est pas absolue. Il faut donc voir quelles seraient les conséquences de la convention qui transformerait une société civile en société de commerce. Si ces conséquences touchent à l'ordre public, dans le sens large du mot, il sera par cela même décidé que la convention est inopérante. Or, le caractère commercial de la société entraîne des conséquences qui sont essentiellement d'intérêt social.

Les sociétés de commerce sont des personnes civiles (nos 181-182); si donc il appartenait aux parties contractantes de transformer une société civile en société commerciale, il en résulterait qu'il dépendrait des particuliers de créer une personne fictive. Nous demandons si c'est là une question d'intérêt privé? La tradition et les principes répondent que la personnification civile est de droit public.

Les sociétés commerciales sont soumises à une juridiction particulière et, partant, exceptionnelle. Appartient-il aux particuliers de changer l'ordre des juridictions, en soumettant aux juges consulaires des contestations dont la loi réserve la connaissance aux juges civils? Vainement déclareraient-elles actes de commerce ce qui, par sa nature, est un acte civil, elles ne peuvent pas donner aux juges consulaires la capacité juridique qui leur manque; c'est le cas de dire qu'elles ne peuvent pas l'impossible.

Les sociétés de commerce peuvent être déclarées en faillite, tandis que l'on ne peut pas déclarer en faillite une société civile. Est-ce qu'il appartient aux parties intéres-

sées d'appliquer les règles de la faillite à des sociétés qui ne sont pas, par leur nature, justiciables des tribunaux de commerce? Poser la question, c'est la résoudre.

La loi établit une prescription spéciale en faveur des associés commerciaux. Appartient-il à des associés civils de se soustraire à la prescription de droit commun, en déclarant que leur société est commerciale, alors qu'en réalité elle ne l'est pas? La prescription se règle-t-elle par la volonté des parties contractantes?

Toutes les questions que nous venons de poser doivent être résolues négativement. Il est donc constant que le caractère commercial d'une société a des conséquences qui ne dépendent pas de la volonté des parties contractantes, parce qu'elles sont d'ordre public. Donc les parties n'ont pas le droit de transformer une société civile en société de commerce (1).

218. Est-ce à dire que les sociétés civiles ne puissent emprunter à la loi commerciale aucun des effets qui caractérisent la société commerciale? Ce serait aller trop loin, car tous ces effets ne sont pas d'ordre public; il y en a qui sont d'intérêt privé et qui, par conséquent, restent dans le domaine des parties contractantes. Telle est la solidarité dont sont tenus les associés dans la plupart des sociétés de commerce. Rien n'empêche les membres d'une société civile de stipuler qu'ils seront obligés solidairement des dettes sociales; ils ne font qu'user du droit commun, puisque la solidarité, en principe, est conventionnelle.

La question devient plus douteuse quand les associés restreignent la responsabilité à laquelle ils sont soumis d'après le droit civil. Dans les sociétés civiles, l'associé est indéfiniment responsable dans les limites déterminées par la loi; tandis que, dans la société en commandite, le commanditaire n'est tenu des dettes que jusqu'à concurrence de son apport. De là un doute sur le point de savoir si une société civile peut se constituer en commandite.

(1) Comparez, en sens divers, Pont, p. 86, nos 119 et 120, et les auteurs qu'il cite, Troplong, Delangle et Bédarride.

L'affirmative est enseignée, avec raison, nous semble-t-il. On suppose, bien entendu, qu'en adoptant la forme de commandite, les associés ont rempli les conditions de publicité que la loi prescrit dans l'intérêt des tiers. La publicité répond à l'objection que l'on peut faire dans l'intérêt de ceux qui traitent avec la société ; ils sont avertis et contractent en connaissance de cause ; or, les parties peuvent régler leur responsabilité comme elles l'entendent : c'est une question d'intérêt privé.

Il y a plus de doute sur le point de savoir si le seul fait d'émettre des actions au porteur constitue un acte de commerce. Si l'on admet l'affirmative, la société civile en commandite avec actions sera nécessairement une société commerciale. Nous n'entrons pas dans ce débat, parce qu'il est étranger à notre travail (1).

219. La question que nous discutons se présente d'ordinaire dans les termes suivants : les sociétés civiles peuvent-elles être constituées dans la forme des sociétés commerciales, et quelles seront les conséquences de l'adoption de ces formes ? On a enseigné et il a été jugé que les associés qui adoptent les formes d'une société commerciale créent par cela même une société de commerce. Dans cette opinion, les formes prescrites par la loi du 18 mai 1873 sont incompatibles avec le caractère civil de la société ; de sorte que la société, civile de sa nature, devient une société de commerce par cela seul qu'elle a été contractée dans les formes d'une société anonyme ou en commandite. Il est inutile de nous arrêter à cette opinion, car elle n'a pas prévalu. Sous l'empire du code de commerce qui exigeait l'autorisation du gouvernement pour la formation d'une société anonyme, cette autorisation était accordée aux sociétés purement civiles, par la raison qu'aucune loi ne prohibe aux sociétés civiles de se constituer en société anonyme ; la loi dit bien que les sociétés de commerce ne peuvent se constituer que sous les condi-

(1) Voyez, en sens divers, Pont, p. 91, n° 122, et les auteurs qu'il cite, Vincent et Delangle. La jurisprudence admet que la souscription d'actions en commandite soumet le souscripteur à la juridiction commerciale (Pont, p. 92, note 1).

tions de forme qu'elle prescrit, mais elle ne défend pas aux sociétés civiles d'emprunter cette forme. Cela ne nous paraît pas douteux, dès qu'il ne s'agit que de formes ; certes rien n'empêche les associés de dresser leurs conventions par acte authentique ; ils ne font qu'user du droit commun. Reste à savoir quels seront les effets des sociétés civiles qui empruntent les formes de la loi commerciale?

220. D'après ce que nous venons de dire (n° 217), les sociétés civiles ne peuvent pas être transformées en sociétés commerciales par la volonté des parties contractantes. Il suit de là qu'elles ne deviendront pas des sociétés de commerce par le fait que les parties auront observé les formes prescrites par la loi du 18 mai 1873. Cette loi le dit elle-même des sociétés charbonnières : « Les sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines peuvent, sans perdre leur caractère civil, emprunter les formes des sociétés commerciales, en se soumettant aux dispositions du présent titre » (art. 136). Ce que la loi dit des sociétés charbonnières doit être appliqué à toutes les sociétés civiles. On pourrait donner une autre interprétation à cette disposition et en induire, ou que les sociétés civiles, en général, ne peuvent pas se constituer sous la forme commerciale, ou que, si elles empruntent ces formes, elles deviendront des sociétés de commerce. Ce serait une argumentation tirée du silence de la loi, et cette argumentation n'est pas admissible quand elle est en opposition avec les principes. Or, en vertu des principes généraux, il faut décider, d'abord, que les sociétés civiles peuvent emprunter les formes de la société de commerce, puis, que l'adoption de ces formes ne leur fait pas perdre leur caractère civil.

La jurisprudence française est en ce sens. Elle admet, d'une part, que les sociétés civiles peuvent être constituées sous la forme anonyme, et elle décide, d'autre part, que l'adoption de ces formes n'a pas pour effet d'imprimer à une société purement civile par son objet le caractère commercial. « Le caractère civil ou commercial, dit la cour de cassation, dépend de l'objet de la société, et non de la forme qu'il a plu aux parties de lui donner ; et, spé-

cialement, l'anonymat, loin d'impliquer nécessairement une société commerciale, se concilie, au contraire, avec la société civile (1). » La cour l'a jugé ainsi, même dans le cas où les parties ont employé une forme qui, comme celle de la société à responsabilité limitée, est spécialement attribuée aux sociétés commerciales par la loi française du 23 mai 1863 (art. 1); la cour dit très-bien que l'usage que les parties font d'une forme commerciale ne peut avoir pour effet de changer la nature et l'objet de la société (2).

221. Dans notre opinion, les sociétés civiles peuvent emprunter à la loi commerciale les règles et les caractères qui ne concernent pas l'ordre public. Le principe est incontestable, mais l'application donne toujours lieu à des difficultés, à raison de l'incertitude qui règne sur le sens des mots *ordre public*. On demande d'abord si les sociétés civiles deviennent des personnes morales lorsqu'elles se constituent dans les formes et avec les caractères de l'une des sociétés de commerce reconnues par la loi du 18 mai 1873. Les auteurs français enseignent l'affirmative, même ceux qui n'admettent pas que les sociétés civiles jouissent de la personnification (3). A notre avis, la question est décidée en sens contraire par la loi belge du 18 mai 1873. L'article 2 porte que la *loi* reconnaît cinq espèces de sociétés commerciales, et il ajoute que chacune d'elles constitue une individualité juridique distincte de celle des associés. C'est donc la *loi* qui déclare que certaines sociétés forment une personne civile : ce sont les sociétés *commerciales* énumérées par l'article 2. Or, les sociétés civiles ne deviennent pas des sociétés de commerce, quoiqu'elles prennent le nom et qu'elles se constituent dans

(1) Rejet, 27 mars 1866 (Dalloz, 1866, 1, 428). Comparez les arrêts et les auteurs cités en note par l'arrêtiste. Il faut ajouter Paris, 17 août 1868 (Dalloz, 1868, 2, 192), et deux arrêts de rejet du 18 décembre 1871 et un arrêt de cassation du 26 février 1872 (Dalloz, 1872, 1, 9).

(2) Cassation, 21 juillet 1873 (Dalloz, 1874, 1, 127). La jurisprudence est constante en ce sens. Dijon, 1er avril 1874 (Dalloz, 1875, 2, 81); Bruxelles, 12 août 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 177).

(3) Aubry et Rau, t. I, p. 188, notes 20-22, et p. 189, note 28, § 54. Comparez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Sociétés*, nos 239-245.

les formes et sous les conditions déterminées par la loi commerciale. Cela décide la question. L'article 3 confirme cette doctrine : « Il y a, en outre, des associations commerciales momentanées et des associations commerciales en participation auxquelles *la loi ne reconnaît aucune individualité juridique*. » C'est dire que la *loi seule* peut accorder la personnification; elle permet aux particuliers de former une personne civile, en constituant l'une des sociétés commerciales auxquelles la loi attache ce caractère; elle ne leur permet pas de former une personne morale en constituant une société civile. Cela est décisif, car il n'y a pas de personnification sans loi (1).

222. Les sociétés civiles constituées sous le nom d'une société commerciale, avec les formes et sous les conditions déterminées par la loi de 1873, sont-elles soumises à la juridiction des tribunaux de commerce? Nous avons d'avance répondu à la question (n° 218). La juridiction est d'ordre public; la loi la détermine à raison de la qualité des personnes ou de la nature des actes. Or, les personnes non marchandes qui forment une société civile ne deviennent pas commerçants en empruntant à la loi commerciale les formes d'une société de commerce, et les actes de la société restent des actes civils; donc ils ne peuvent pas être soumis à la juridiction consulaire. La jurisprudence est en ce sens (2), et nous n'y voyons aucun doute.

223. Quand la société est commerciale, les assignations et significations qui la concernent sont faites en leur maison sociale. En est-il de même des sociétés civiles constituées commercialement? Non, à notre avis, car l'article 69, 6°, du code de procédure est une conséquence de la personnification des sociétés de commerce (n° 182); or, les sociétés civiles ne changent pas de nature quand elles sont constituées sous le nom d'une société commerciale. Cela nous paraît décisif. La jurisprudence est con-

(1) Comparez jugement du tribunal de Bruxelles, du 26 décembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 190).

(2) Voyez les arrêts de la cour de cassation cités plus haut, n° 220, p. 238, notes 1 et 2.

traire; comme la question touche à la procédure, nous renvoyons aux arrêts (1).

224. La prescription exceptionnelle que la loi du 18 mai 1873 établit en faveur des sociétés commerciales n'est pas applicable aux sociétés civiles constituées sous le nom d'une société de commerce; cela nous paraît certain (n° 218). Il n'en est pas de même des dérogations au droit commun concernant l'étendue des engagements contractés par les associés dans les sociétés de commerce. Les membres des sociétés civiles sont libres de s'obliger solidairement; nous ne pensons pas que cela puisse être contesté. Dans les sociétés anonymes et dans les commandites, la dérogation est en sens inverse. Les sociétés anonymes sont des associations de capitaux, tandis que les sociétés civiles sont des associations de personnes; dans les premières, les associés n'engagent qu'une mise déterminée; dans les autres, les associés s'engagent personnellement, et toute obligation personnelle est indéfinie. Il suit de là que les tiers qui contractent avec une société civile, constituée sous le nom d'une société anonyme, n'ont point les garanties dont ils jouissent d'après le code civil. C'est ce qui a porté d'excellents esprits à contester aux sociétés civiles le droit d'emprunter à la loi commerciale le nom et les effets de la société anonyme. Nous avons dit plus haut que l'argument n'est point décisif (n° 218). L'étendue des engagements qu'une personne contracte est d'intérêt privé; dès lors il faut s'en tenir au principe de la liberté que la loi civile assure aux parties contractantes. L'article 1863, comme toutes les dispositions en matière de contrats, ne fait que présumer l'intention des parties; il ne leur défend pas de manifester une intention contraire.

§ III. *Applications*.

225. La vente que le propriétaire fait des produits de son fonds n'est pas un acte de commerce (Code de com.,

(1) Gand, 10 juillet 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 386).

art. 638); il en est ainsi alors même que le propriétaire ferait subir une transformation à ses produits avant de les livrer à la consommation. De là suit que si le propriétaire forme une société pour la vente des produits de son fonds, la société est civile. La question s'est présentée, devant la cour de cassation, dans l'espèce suivante. L'Etat est propriétaire des eaux de Plombières. En distribuant ces eaux, l'Etat ne faisait pas acte de commerce, puisqu'il vendait les produits d'un fonds dont il avait la propriété. Quand l'Etat concéda les eaux de Plombières à une compagnie, les concessionnaires continuèrent l'exploitation dans les conditions où ils l'avaient reçue. Donc la société était civile. Le pourvoi objectait qu'indépendamment de la vente des produits naturels du fonds, l'exploitation comprenait la construction et l'achalandage d'hôtels garnis; ce qui constitue un acte de commerce. La cour répond que l'arrêt attaqué constate que les hôtels n'avaient pas été construits en vue d'une spéculation commerciale, mais dans le but unique d'agrandir l'établissement thermal, dont ils n'étaient que l'accessoire; de plus, la compagnie ne les avait jamais exploités directement; au moment même où ils lui furent fournis par les entrepreneurs, elle les avait remis à un fermier. La cour conclut que la compagnie se livrait à une exploitation civile, qui la rendait justiciable des tribunaux civils, à l'exclusion des tribunaux de commerce (1).

Il s'est présenté une autre espèce sur laquelle il y a doute. La compagnie générale des eaux de Paris vend et distribue pour le compte de la ville les eaux dont celle-ci est propriétaire. Il a été jugé, par le tribunal de commerce de la Seine, que cette compagnie est une société commerciale, parce que les conventions intervenues entre elle et la ville de Paris se traduisent en un bénéfice sur la vente des eaux. En appel, la décision a été réformée; la cour dit que la société est purement civile par son titre, par

(1) Rejet, 17 mars 1866 (Dalloz, 1866, 1, 428). Comparez Rejet, 12 mai 1875 (Dalloz, 1876, 1, 320). Le contraire a été jugé pour la société anonyme des Thermes d'Enghien, dans des circonstances différentes, Paris, 4 février 1875 (Dalloz, 1876, 2, 185).

son caractère et par le but de ses opérations. Sur le pourvoi, la cour de cassation a maintenu cette disposition de l'arrêt attaqué. La ville de Paris, dit la cour, n'aurait pas fait acte de commerce en vendant les eaux dont elle est propriétaire; donc la compagnie qui vend les eaux pour le compte de la ville ne fait pas non plus acte de commerce (1). Cela n'est-il pas trop absolu? Le propriétaire d'un vignoble ne fait pas acte de commerce en vendant les produits de son héritage : est-ce à dire que celui qui achète ces vins pour les revendre ne fasse pas acte de commerce? Tout dépend de la nature des conventions intervenues entre les parties. Si la société n'est que fermière, elle reste civile ; si elle achète pour revendre, elle est commerciale.

Que faut-il décider si la compagnie était concessionnaire? Nous avons dit ailleurs que l'acte de concession donne au concessionnaire un droit qui a de l'analogie avec la propriété, sans être un droit de domaine (t. VI, n° 29-35). Quand l'Etat concède une prise d'eau sur des rivières, il n'y a guère de doute; la société est subrogée au droit du gouvernement pendant le temps de la concession; elle n'est donc pas propriétaire, elle n'achète pas pour revendre : prenant la place de l'Etat, son droit est celui de l'Etat; c'est dire qu'elle ne fait pas acte de commerce (2).

226. Par application du même principe, il a été jugé que la société formée pour l'exploitation d'une mine forme une société civile. La solution était préjugée par les travaux préparatoires de la loi du 21 avril 1810, notamment par les observations de la commission du corps législatif, qui remplaçait le Tribunat. Le projet du gouvernement portait : « L'exploitation des mines ne sera pas considérée comme un commerce sujet à patente. » La commission proposa la rédaction qui est devenue l'article 32; il est ainsi conçu : « L'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce, et n'est point sujette à patente. » « Cette rédaction, dit la commission, fera cesser

(1) Cassation, 16 juin 1874 (Dalloz, 1874, 1, 445).
(2) Cassation, 21 juillet 1873 (Dalloz, 1874, 1, 127).

les contestations qui s'élèvent fréquemment sur la question de savoir si les sociétés qui exploitent une mine sont de la compétence des tribunaux de commerce. La mine étant une propriété foncière, le particulier ou la société qui l'exploite fait valoir son héritage, et rien de plus. Il faut donc exprimer clairement qu'il n'y a pas lieu de la traduire devant les tribunaux de commerce. » Peu importe que la mine soit concédée, car, dans le système de la loi de 1810, la concession d'une mine crée une propriété particulière, distincte de la surface; il y a donc toujours exploitation d'une propriété et, partant, acte civil et société civile (1).

Il a cependant été jugé qu'une société pour l'exploitation d'une mine devient une société de commerce quand à l'exploitation de la mine vient se joindre une industrie qui transforme les produits naturels de la mine à l'aide de moyens tirés du dehors : ce sont les termes de l'arrêt. Cette dernière circonstance est décisive, car il en résulte qu'il y a achat de choses mobilières pour les revendre après fabrication. La société ne pouvait pas se borner aux seules ressources que lui fournissaient ses mines; elle était obligée d'acheter, en grande quantité, des acides et des réactifs puissants qui, combinés dans ses fourneaux et ses alambics avec le minerai qu'elle extrayait de ses terrains, produisaient les divers objets qu'elle mettait en vente. La cour en conclut que la société faisait des actes de commerce, puisqu'elle achetait pour revendre; on ne pouvait donc pas la confondre avec le propriétaire qui vend les produits de sa terre. La conséquence en était qu'elle devait être assignée devant le tribunal de commerce (2).

227. Que faut-il décider si la société se forme pour la recherche de la mine? On distingue. Si les associés ont pour objet d'obtenir la concession de la mine, la société rentre dans les termes de la loi de 1810 : elle est civile: En effet, pour exploiter la mine, il faut commencer par

(1) Voyez les arrêts cités par Pont, p. 78, note 2.
(2) Colmar, 4 juin 1862 (Dalloz, 1862, 2, 163) Dijon, 1er avril 1874 (Dalloz, 1875, 2, 81).

faire les travaux préparatoires ; ces travaux se confondent donc avec l'exploitation et participent du caractère que la loi lui attribue. La cour de Rouen l'a jugé ainsi dans une espèce où les travaux de sondage n'aboutirent pas à la découverte de la houille que l'on cherchait ; on trouva une eau saumâtre et malsaine qui, jaillissant avec une grande force, se répandit sur les terrains voisins. De là une action en dommages-intérêts contre les associés. Il a été jugé que chaque souscripteur de fonds était tenu de la perte, proportionnellement à sa mise, d'après le droit commun des sociétés civiles (1).

Si la société avait uniquement pour objet de faire les recherches nécessaires à la découverte de la mine, sans prétendre à en obtenir la concession, ce serait une agence que la loi place parmi les entreprises commerciales ; la société serait donc une société de commerce (2).

228. Les sociétés formées pour acheter des immeubles, afin de les revendre ou de les louer, sont-elles des sociétés civiles ? Si l'on s'en tient à l'article 632 du code de commerce, l'affirmative n'est pas douteuse, puisque la loi ne répute acte de commerce que l'achat de denrées et marchandises pour les revendre. On objecte que la loi n'est pas limitative et que les immeubles peuvent être et sont réellement l'objet de spéculations semblables à celles qui se font sur les objets mobiliers. La réponse est facile et péremptoire. Ce n'est pas seulement le texte, c'est aussi l'esprit de la loi qui s'oppose à ce qu'on assimile les immeubles aux marchandises. La différence a été très-bien établie dans un rapport du conseiller Mesnard. Pour qu'une chose soit réputée marchandise, il ne suffit pas qu'elle soit susceptible d'achat et de vente ; il faut de plus que la transmission de main en main soit prompte et facile et que, par sa nature, elle se prête, à l'aide d'un prix courant habituellement déterminé, au trafic et aux rapides mouvements de la spéculation. Or, de toutes ces conditions, facilité de transmission, valeur vénale habituelle-

(1) Rouen, 19 août 1857 (Dalloz, 1857, 2, 183).
(2) Pont, t. VII, p. 79, nº 110.

ment déterminée par un prix courant, simplicité de transactions, rapidité des échanges et de la consommation, il n'en est aucune qui puisse convenir aux immeubles. La transmission en est difficile et hérissée de formalités dans l'intérêt des tiers; il faut des actes authentiques, la transcription, la purge. Comment des choses d'un déplacement si lent et si compliqué pourraient-elles se prêter aux allures simples et rapides de la spéculation commerciale? Et comment soumettre aux juges consulaires des contestations qui donnent lieu à de longues procédures et exigent une connaissance approfondie de toutes les parties de la législation civile? La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour cette opinion (1).

Les propriétaires d'un théâtre, détruit en partie par un incendie, se réunissent pour le faire reconstruire et le mettre en société pendant trente ans, dans le but de le louer, d'en percevoir et d'en partager les loyers selon le droit de chacun. Il était dit dans l'acte que la société serait anonyme et que le fonds social serait divisé en cent actions. En apparence, c'était une société anonyme; en réalité, la société était civile. Le fonds social se composait uniquement de l'immeuble que les associés possédaient en commun; les bénéfices consistaient dans les fruits civils qu'il produisait; les actions n'étaient que la représentation du droit de propriété des associés. Ces actions formaient donc des droits immobiliers, se transmettant dans la forme ordinaire de la vente d'immeubles. La cour de Bordeaux en conclut que la société n'avait aucun caractère commercial ni industriel, qu'elle était purement civile (2).

Il a été jugé, par application de ces principes, que lesdites sociétés n'étaient pas soumises à la juridiction des tribunaux de commerce et qu'elles ne pouvaient être constituées en faillite (3). La cour de Bruxelles a déduit une autre conséquence du même principe, c'est que la société qui a pour objet l'achat et la revente de terrains à

(1) Voyez les citations dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Société*, n° 198, et dans Pont, n° 106.
(2) Bordeaux, 4 août 1856 (Dalloz, 1857, 2, 77).
(3) Aix, 22 mai et 27 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 208).

bâtir ne constitue pas une personne civile; partant, les biens immeubles qui composent le fonds social appartiennent aux associés; et si l'un d'eux vend sa part, la vente est immobilière et sujette, comme telle, au droit de mutation immobilière et au droit de transcription (1).

229. La société formée pour la direction d'une maison d'éducation est-elle une société civile? Il y a eu quelque hésitation dans la jurisprudence sur cette question; l'opinion générale s'est prononcée pour l'affirmative (2). Le projet de code de commerce décidait formellement que la profession des maîtres de pensionnats ne constituait pas un acte de commerce, puisqu'elle avait essentiellement pour objet l'instruction. Si cette disposition n'a pas été maintenue, c'est par un simple accident des travaux préparatoires; la pensée du législateur n'est pas douteuse. L'article 632 range parmi les actes de commerce les entreprises de fournitures; la cour de Paris dit très-bien que le chef d'une maison d'éducation n'est pas un entrepreneur de fournitures, son but principal est l'éducation des enfants qui lui sont confiés, et non la fourniture des aliments et autres objets nécessaires aux élèves. Dans un autre arrêt, la cour dit que ce serait faire une application fausse et indécente de l'article 632 de considérer les achats de denrées faits par un établissement pareil comme un acte de commerce (3). Cela est bien dit. L'enseignement est un ministère social, on l'a appelé un sacerdoce; il est certain qu'il n'y a pas de fonction plus sainte, puisqu'elle a pour objet de développer les facultés que Dieu donne à ses créatures; elle concourt à l'œuvre du Créateur, car, sans l'instruction, qui forme la raison, et sans l'éducation, qui éclaire la conscience, les hommes seraient au-dessous de la brute.

(1) Bruxelles, 21 avril 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 200), et 10 juillet 1873 (*ibid.*, p. 333).

(2) Voyez les citations dans le *Répertoire* de Dalloz, aux mots *Acte de commerce*, nos 96-99, et au mot *Société*, no 209.

(3) Paris, 11 juillet 1829 et 19 mars 1814.

SECTION II. — Des sociétés universelles et particulières.

230. « Les sociétés sont universelles ou particulières » (art. 1835). On lit dans l'Exposé des motifs : « Les sociétés peuvent être universelles ou particulières ; elles sont universelles quand elles comprennent tous les biens des associés, ou tous les gains qu'ils peuvent faire ; elles sont particulières quand elles n'ont pour objet que des choses déterminées. C'est la volonté, et la volonté seule des parties, qui règle ce qui doit entrer dans la société et qui la range, par conséquent, dans l'une ou l'autre de ces classes. » Les sociétés universelles diffèrent donc des sociétés particulières quant à leur objet ; il résulte de là d'autres différences que nous signalerons. Sauf ces exceptions peu nombreuses, les deux espèces de sociétés sont régies par les mêmes principes.

§ Ier. *Des sociétés universelles.*

231. « On distingue deux sortes de sociétés universelles, la société de tous biens présents et la société universelle de gains » (art. 1836). Tous les auteurs remarquent que les sociétés universelles sont très-rares, si toutefois il s'en trouve encore. Pourquoi le législateur a-t-il maintenu des sociétés qui, déjà lors de la publication du code, étaient tombées en désuétude? Elles existaient dans l'ancien droit sous le nom de sociétés *taisibles* (n° 170). Le premier projet de code civil n'avait conservé que la société de gains. Plusieurs cours réclamèrent contre la suppression de la société de tous biens ; à vrai dire, on ne la supprimait pas, car on ne défendait pas de la stipuler. La cour de Paris donnait une assez singulière raison pour le maintien, dans le code, de la société universelle. « Il y a des personnes, dit-elle, qui ont si peu, qu'en réunissant tout leur avoir, présent et futur, elles trouvent encore difficilement de quoi sustenter leur faible existence. La loi doit se prêter à toutes les situations. »

On ne s'associe guère pour ne pas mourir de faim, on s'associe pour réaliser des bénéfices. Les sociétés taisibles étaient fondées sur une communauté d'affection, plutôt que dans un but de spéculation; or, la spéculation est de l'essence de la société. Et la spéculation est particulière de sa nature, elle se propose un objet spécial; on conçoit difficilement une société qui comprend tous les intérêts des associés; ce serait une confusion de biens et de personnes qui n'est pas dans nos mœurs et que le législateur ne doit point favoriser; il faut favoriser le développement de l'énergie des individus, sauf aux individus à s'associer pour augmenter leurs forces en les unissant. C'est dire que les sociétés sont particulières de leur nature (1).

Duvergier dit que de longs développements sur les sociétés universelles seraient sans utilité, la matière étant de pure théorie, pour mieux dire, un souvenir d'une tradition complétement effacée. Nous serons plus bref encore: à quoi bon discuter des questions qui ne se présenteront jamais? Le droit est une face de la vie; la tradition morte appartient à l'histoire.

N° 1. DE LA SOCIÉTÉ DE TOUS BIENS PRÉSENTS.

232. « La société de tous biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement et les profits qu'elles pourront en tirer.

« Elles peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains; mais les biens qui pourraient leur avenir par succession, donation ou legs n'entrent dans cette société que pour la jouissance : toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard » (art. 1837).

Il résulte de cette dernière disposition que le code prohibe la société universelle qui comprendrait les biens pré-

(1) Duvergier, p. 129, n° 87. Pont, p. 131, n° 163, et p. 134, n^os^ 166 et 167.

sents et futurs. Dans l'ancien droit, la société des biens présents et à venir était admise; au conseil d'Etat, Cambacérès et Treilhard proposèrent de la rétablir. Cette proposition fut rejetée. Il est de l'essence de la société, dit Bigot-Préameneu, que les choses qui y entrent soient connues, sauf l'incertitude des bénéfices ou des pertes; or, elles ne peuvent l'être dans la société de biens à venir. Personne ne peut connaître quelles successions lui échéront, et il est de principe qu'elles ne peuvent être l'objet d'aucun traité. Les pactes successoires sont prohibés; si la loi les permet entre époux, c'est par faveur pour le mariage. Il n'y avait aucune raison de déroger au droit commun en matière de société. Les sociétés universelles, dit Tronchet, sont de véritables donations; or, le législateur ne favorise pas les libéralités, il les restreint, au contraire. Berlier en fit la remarque; d'après l'article 943, la donation entre-vifs ne peut comprendre que les biens présents du donateur; il fallait donc interdire la société de biens futurs, qui peut si facilement déguiser une libéralité; c'est ce motif qui détermina la section de législation à limiter la société universelle aux biens présents (1).

233. Le projet adopté par le conseil d'Etat était ainsi conçu : « Toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété des *biens à venir* est nulle. » Cette rédaction fut modifiée sur la proposition du Tribunat; on lit dans les Observations de la section de législation : « Par ces mots *les biens à venir* on n'a dû entendre parler que des biens provenant de succession, donation ou legs. Ces biens sont les seuls qui doivent être exclus de la société de tous biens présents. Les biens que les associés acquièrent avec le produit de leurs travaux, de leurs gains, et même ceux qu'ils devraient à d'heureux hasards, peuvent y entrer. En conséquence, et pour éviter le doute, on est convenu de rédiger le second alinéa en ces termes : « La stipulation tendant à y faire entrer la propriété de *ces biens* est nulle; ce qui ne se rapportera qu'aux biens venant de

(1) Séance du conseil d'Etat du 14 nivôse an XII (Locré, t. VII, p. 230, nos 10 et 11). Treilhard, Exposé des motifs, no 7 (Locré, p. 242). Boutteville, Rapport, no 6 (Locré, p. 248).

succession, donation ou legs (1). » La rédaction définitive reproduit la proposition du Tribunat en termes plus concis.

234. L'article 1837 prohibe la stipulation qui tend à faire entrer dans la société universelle la propriété des biens qui pourraient advenir aux parties par succession, donation ou legs. Bien que la loi ne prononce pas la nullité de cette stipulation, il est certain qu'elle serait nulle, puisqu'elle contient un pacte successoire. On demande si la nullité de la clause entraînera la nullité de la société, ou si la société sera maintenue en la réduisant aux biens présents. L'opinion généralement suivie est que le contrat tout entier est nul. C'est l'application du principe établi par l'article 1172 : « Toute condition *prohibée par la loi* est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. » La stipulation prohibée est une condition de la société, en ce sens que les parties n'auraient pas traité si les biens futurs n'entraient pas dans la société qu'elles contractent. Ce serait donc scinder leurs conventions que de maintenir le contrat, tout en annulant la clause; le législateur ne peut pas imposer aux parties un contrat qu'elles n'ont pas entendu faire (2).

235. Le premier alinéa de l'article 1837 détermine les biens que la société universelle comprend de droit quand les parties stipulent une société de biens présents : ce sont les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement et les profits qu'elles pourront en tirer. Que faut-il entendre par biens que les parties possèdent *actuellement?* La même question se présente pour la composition active de la communauté légale ou conventionnelle; on peut donc appliquer, par analogie, à la société ce qui a été dit au titre du *Contrat de mariage*.

236. Le deuxième alinéa ajoute que les parties peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains. Si les parties usent de cette faculté, la convention sera tout

(1) Observations du Tribunat, n° 8 (Locré, t. VII, p. 238).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 552, note 3, § 379, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Pont, p. 146, n° 188. En sens contraire, Duranton et Zachariæ.

ensemble une société universelle de biens présents et une société universelle de gains ; nous dirons plus loin ce que cette dernière société comprend.

Après avoir dit que les parties peuvent comprendre toute espèce de gains dans la société de biens présents, l'article 1837 ajoute : « Mais les biens qui pourraient leur avenir par succession, donation ou legs n'entrent dans cette société que pour la jouissance. » On demande si cette jouissance y entre de droit, ou s'il faut une stipulation pour qu'elle y entre. L'opinion générale, sauf le dissentiment de Duranton, est que les fruits des biens futurs n'entrent dans la société de tous biens présents qu'en vertu d'une clause expresse. Cela est conforme à la nature de la société de biens présents ; les fruits des biens futurs ne sont pas des biens que les associés possèdent actuellement ; ils ne peuvent donc pas entrer de droit dans cette société. Le texte laisse quelque doute ; la loi ne dit pas que les associés peuvent comprendre la jouissance des biens futurs dans leur société, elle dit que ces biens n'y entrent que pour la jouissance ; donc ils y entrent, dit Duranton. On répond que le deuxième alinéa commence par dire que la société de biens présents peut comprendre toute espèce de gains ; si les parties font cette stipulation, il se présente une difficulté : est-ce que par les *gains* on doit entendre les fruits des biens futurs ? C'est cette difficulté que la loi décide en disposant que la clause comprend la jouissance des biens à venir (1).

237. La loi ne règle que la composition active de la société universelle de biens, elle ne dit rien du passif. Il faut appliquer, par analogie, les principes qui régissent la communauté. La communauté légale comprend le mobilier présent et les dettes mobilières antérieures au mariage ; et quand les époux y font entrer leurs immeubles présents, toutes les dettes, mobilières et immobilières, dont les époux étaient grevés lors de la célébration du mariage. Il en est de même de la société de biens pré-

(1) Duvergier, p. 133, n° 93 ; Troplong, n° 276 ; Pont, p. 136, n° 170. En sens contraire, Duranton, t. XVII, p. 339, n° 351.

sents, qui ressemble, pour ce qui concerne la composition active et passive, à la communauté universelle de biens présents (1).

Que faut-il dire des dettes contractées pendant la durée de la société? Ici l'analogie entre la société et la communauté conjugale fait défaut; les engagements contractés par les époux communs en biens sont régis par des principes tout à fait spéciaux. Comme la loi ne s'explique pas sur les obligations des associés, il faut décider qu'elles restent sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire qu'on applique à la société universelle les règles que le code établit sur les droits et les obligations des associés : l'associé n'oblige la société que lorsqu'il a contracté dans la limite de ses pouvoirs; et s'il a agi sans pouvoirs, la société ne sera obligée qu'en tant qu'elle a profité de l'engagement (2).

Qànd la société comprend tous les gains et, par suite, les fruits des biens futurs, elle doit supporter les dettes qui concernent ces biens et cette jouissance. Ainsi elle sera tenue des intérêts et arrérages des dettes personnelles aux associés, puisqu'elle a l'usufruit universel de leurs biens (art. 1409, nos 3 et 4, par analogie) (3).

Nº 2 DE LA SOCIÉTÉ UNIVERSELLE DE GAINS.

238. « La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société. Les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat y sont aussi compris, mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement » (art. 1838).

La composition active de la société universelle de gains ne répond pas au nom qu'elle porte. Elle comprend les meubles présents des associés; ces meubles ne sont pas

(1) Pont, p. 140, nos 176 et 177, et tous les auteurs.
(2) Comparez Duvergier, p. 140, nº 98; Mourlon, t. III, p. 351, nº 869.
(3) Pont, p. 144, nº 184.

des gains. C'est donc aussi une société de biens présents, limitée à la fortune mobilière des associés. Aujourd'hui que les valeurs mobilières jouent un si grand rôle, la société de gains comprendrait le plus souvent toute la fortune présente des associés ; c'est précisément pour ce motif qu'elle est aussi peu usitée que la société de tous biens présents.

L'article 1838 dit que les immeubles personnels n'entrent dans la société de gains que pour la jouissance seulement. Qu'entend-on par *immeubles personnels?* On enseigne que cette disposition doit être restreinte aux immeubles que les associés possèdent lors du contrat(1). Cela nous paraît douteux ; la loi ne contient pas cette limitation, elle parle des immeubles personnels en termes généraux ; et, d'un autre côté, la société de tous biens, quand les parties y comprennent toute espèce de gains, comprend la jouissance des biens futurs. Pourquoi n'en serait-il pas de même de la société universelle de gains? Si les fruits des biens présents sont un gain, il en doit être de même des fruits des biens futurs (2).

Les gains proprement dits comprennent ce que les parties acquièrent par leur *industrie,* à quelque titre que ce soit. Ces termes sont restrictifs ; ils ne s'appliquent pas aux dons de fortune, puisque le hasard exclut toute industrie.

239. La loi ne dit rien du passif. Pothier dit que, d'après les principes du droit français, les dettes mobilières suivent l'actif mobilier et en sont une charge ; il applique ce principe à la société de gains, et décide, en conséquence, qu'elle est tenue de toutes les dettes mobilières dont les associés étaient débiteurs lorsqu'ils l'ont contractée, puisqu'elle profite des meubles qu'ils possédaient à cette époque. Le code civil a suivi ce principe en matière de communauté, et la plupart des auteurs l'adoptent en invoquant la tradition. Quelques auteurs enseignent que la société n'est tenue des dettes que dans la

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 552 et suiv., § 379.
(2) Pont, p. 153, n° 202. Duvergier, p. 155, n° 106. Duranton, t. VII, p. 354, n° 363.

proportion de l'apport mobilier de chaque associé comparé avec la valeur des immeubles qui lui restent propres. C'est le principe que le code suit pour les successions qui échoient aux époux communs en biens. Nous avons dit, en traitant de la communauté, que ce dernier principe est plus équitable; toutefois, dans le silence de la loi, nous croyons qu'il faut s'en tenir au principe traditionnel (1).

La société de gains étant usufruitière universelle des biens des associés, il s'ensuit qu'elle doit supporter les dettes des associés quant aux intérêts.

En ce qui concerne dettes contractées pendant la durée de la société, on applique ce que nous avons dit de la société de biens présents stipulée avec la clause que les gains y entrent également (n° 237).

N° 3. DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

240. « La simple convention de société universelle, faite sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains » (art. 1839). Cette disposition est empruntée à Pothier, qui se fonde sur une loi romaine. Le rapporteur du Tribunat en donne le motif suivant: « Toute convention qui tend à exproprier ne pouvant être entendue que dans le sens le plus étroit, la simple convention de société universelle n'emportera qu'une société de gains (2). » En effet, elle ne comprend que le mobilier présent, tandis que la société de biens présents comprend aussi les immeubles. Cette interprétation restrictive est aussi en harmonie avec l'esprit traditionnel du droit français, qui considère les immeubles comme la partie la plus précieuse de la fortune et cherche à les conserver dans les familles.

241. « Nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est pas

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Pont, p. 155, n° 206.
(2) Pothier, *De la société*, n° 43. Boutteville, Rapport, n° 9 (Locre, t. VII, p. 248). Comparez Pont, p. 158, n° 210, qui critique la disposition.

défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes » (art. 1840). L'orateur du gouvernement donne le motif de cette prohibition : « C'est par des considérations d'une haute importance que le code établit entre quelques personnes des incapacités de se donner au préjudice de quelques autres. Ces prohibitions ne sont pas nombreuses dans notre législation ; mais, enfin, il en existe. Or, ce que la loi a expressément défendu, ce qu'on ne peut faire directement, il serait inconséquent et dérisoire de le tolérer indirectement. Il ne faut donc pas que, sous les fausses apparences d'une société, on puisse, en donnant en effet, éluder la prohibition de la loi qui a défendu de donner, et que ce qui est illicite devienne permis en déguisant sous les qualités d'associés celles de donateur et de donataire (1). »

La loi présume donc que la société universelle est une donation lorsqu'elle intervient entre des personnes qui sont incapables de se faire des libéralités. Telles sont les incapacités établies par les articles 907-909 (2). La cour de cassation a appliqué le principe à une congrégation de trappistes qui s'était formée sous le nom d'une société universelle de gains. Il était constaté par l'arrêt attaqué que, sous le prétexte d'établir une société universelle de gains, les prétendus associés avaient entendu constituer une congrégation religieuse soumise à la règle de Saint-Benoît, modifiée par l'abbé de Rancé. L'arrêt constatait encore que les clauses de la prétendue société renfermaient une libéralité, et que cette libéralité s'adressait à la congrégation de trappistes, non autorisée et, par conséquent, incapable de recevoir. Pour échapper aux conséquences de cette incapacité radicale, le pourvoi invoquait l'acte de société passé entre les religieux. Mesnard, le conseiller rapporteur, répond qu'il est sans doute permis de s'associer pour demeurer et travailler en commun ; mais si, sous la forme apparente d'une société civile, on déguise une congrégation religieuse, on ne peut échapper, par cette

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 6 (Locré, t. VII, p. 242).
(2) Duranton, t. XVII, p. 367, n° 381. Duvergier, p. 164, n° 118. Pont, p. 163, n° 218.

simulation, aux prohibitions de la loi ; autrement il suffirait du moindre détour, ou tout simplement d'une appellation *mensongère* pour *éluder* la loi et rendre ses prohibitions sans effet. Le pourvoi invoquait tout aussi vainement la capacité de donner et de recevoir dont jouissaient tous les associés. C'était une nouvelle simulation, que le rapporteur n'a pas tort de qualifier de *mensonge*, l'intention des moines n'étant pas de se gratifier les uns les autres, mais de gratifier le couvent. Il appartient aux tribunaux de briser tout ce qui sert d'enveloppe à la simulation pour pénétrer jusqu'à la vérité (1).

242. Les motifs exposés par l'orateur du gouvernement ne se rapportent qu'à la première disposition de l'article 1840. La loi ne prohibe pas seulement la société universelle entre ceux qui sont frappés d'incapacité de donner ou de recevoir, elle ajoute qu'aucune société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes auxquelles il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. L'interprétation de cette partie de la loi est controversée. Il n'y a aucun doute quand on s'en tient, comme on le doit, au texte de la loi. Quelles sont les personnes au préjudice desquelles les libéralités ne peuvent se faire? Ce sont les héritiers réservataires. Il suit de là que ceux qui ont des héritiers à réserve ne peuvent pas contracter de société universelle. On objecte que cela restreint singulièrement ces sociétés. Eh, qu'importe? Personne ne songe à en former, et le législateur n'avait aucune raison de les favoriser. Dans cette opinion, la société universelle qui serait contractée au mépris de la prohibition, est frappée de nullité. Quand le texte est clair, il ne devrait pas y avoir de controverse. Nous croyons inutile d'insister (2).

(1) Rejet, 26 février 1849 (Dalloz, 1849, 1, 44). Comparez le t. XI de mes *Principes*, p. 223, nos 169-171.

(2) Duvergier, p. 165, no 119. Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. IV, p. 430, note 15. En sens contraire, Pont, p. 165, nos 222-224, et les auteurs qu'il cite.

§ II. *Des sociétés particulières.*

243. « La société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir » (art. 1841).

« Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession, est aussi une société particulière » (art. 1842).

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX.

§ Ier. *De l'apport.*

Nº 1. DU TRANSPORT DE PROPRIÉTÉ.

244. L'apport peut avoir pour objet la propriété ou la jouissance de la chose que l'associé a promise. Quand c'est la propriété, il y a quelque difficulté sur le point de savoir comment et en quel sens la propriété est transférée à la société. Si la société était une personne civile, la chose serait très-simple; on resterait absolument sous l'empire du droit commun. Mais la société n'ayant pas de personnalité distincte de celle des associés, il en résulte que ce sont les associés eux-mêmes qui deviennent propriétaires des choses que chacun d'eux s'oblige d'apporter dans le fonds commun. De là suit que le transport de propriété entre associés a pour effet de rendre les associés copropriétaires par indivis de la chose qui constitue l'apport; celui qui le fait ne se dépouille donc pas entièrement de

la propriété, comme le ferait un vendeur, il conserve sa part indivise dans la chose; le transport, quant à lui, consiste en ceci, c'est que de propriétaire exclusif qu'il était, il devient copropriétaire par indivis, il abdique la propriété exclusive, mais en retenant un droit de copropriété. Comment se fait ce transport? Il faut distinguer les rapports des associés entre eux et les rapports des associés avec les tiers (1).

245. Doit-on appliquer aux rapports des associés les principes qui régissent l'acquisition de la propriété? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. En effet, la copropriété est une propriété; il faut donc dire qu'elle se transmet et s'acquiert par l'effet des obligations (art. 711), c'est-à-dire par l'effet du contrat; dès qu'il y a concours de volontés des parties contractantes, la propriété est transférée (art. 1138); donc les associés deviennent copropriétaires à l'instant où le contrat reçoit sa perfection, encore que la tradition n'en aurait pas été faite. Quant à l'associé qui fait l'apport, il cesse, à partir de ce moment, d'être propriétaire exclusif, pour devenir copropriétaire. Reste à savoir quand le contrat de société reçoit sa perfection. Sur ce point, on applique les principes généraux que nous avons exposés au titre des *Obligations*, et auxquels nous renvoyons.

Du principe que l'apport a pour effet de transmettre aux associés un droit de copropriété, suit que cette transmission est aussi régie par le droit commun, en ce qui concerne les rapports des associés avec les tiers. La question est de savoir à partir de quel moment et sous quelles conditions ils deviennent copropriétaires à l'égard des tiers. S'il s'agit de meubles corporels, la loi ne prescrit aucune formalité; le concours de volontés suffit pour opérer la transmission : la tradition n'est point requise, sauf l'application de l'article 1141, s'il y a lieu. Quant aux créances, l'article 1689 exige la signification du transport au débiteur, ou l'acceptation par le débiteur dans un acte authentique. La loi suppose la cession, c'est-

(1) Pothier, *De la société*, nº 31. Pont, p. 188, nº 256.

à-dire la vente d'une créance, et l'apport d'un associé n'est pas une vente; toutefois cet apport constitue une transmission de la propriété de la chose qui en fait l'objet, et le débiteur ainsi que les tiers sont intéressés à connaître la mutation qui se fait; l'associé qui apporte la créance cesse d'en être créancier exclusif, pour devenir cocréancier; il y a donc identité de motifs pour exiger la signification de l'acceptation. Cela est généralement admis (1). Il reste cependant un doute que le législateur aurait dû trancher : l'interprète peut-il appliquer par analogie des dispositions qui établissent des conditions pour la transmission de la propriété à l'égard des tiers? Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, la négative est certaine.

La même question se présente pour l'apport des créances hypothécaires et privilégiées, ainsi que pour l'apport des immeubles. Notre loi hypothécaire prescrit des formalités spéciales pour que la translation de la propriété ait effet à l'égard des tiers; nous examinerons, au titre qui est le siége de la matière, si ces dispositions s'appliquent au contrat de société.

246. Aux termes de l'article 1845, « chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter. » Quelles sont les conséquences de cette obligation? On applique le droit commun en tant que la loi ou le contrat n'y dérogent point. Puisque l'obligation de l'associé consiste à donner, il s'ensuit qu'il est tenu de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison avec les soins d'un bon père de famille (art. 1136 et 1137). Sur ce point, il n'y a aucun doute. Mais il y a controverse sur la question de savoir si l'associé a les mêmes obligations que le vendeur, en ce qui concerne l'obligation de livrer. L'article 1845 assimile l'associé au vendeur pour la garantie : « Lorsque l'apport consiste en un corps certain et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société, de la même manière qu'un

(1) Rejet, 28 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1, 445). La doctrine est dans le même sens. Pont, *De la société*, p. 139, n° 174, et p. 191, n° 259.

vendeur l'est envers son acheteur. » Faut-il induire de là que, sous tous les rapports, les obligations de l'associé dérivant de l'apport sont celles d'un vendeur? La question se présente pour l'obligation de délivrer la contenance portée au contrat. On enseigne généralement que les articles 1617 et suivants s'appliquent à la société; de là on conclut que, s'il y a un déficit de moins d'un vingtième dans la contenance d'un immeuble apporté à la société, ou un excédant de moins d'un vingtième, il n'y a lieu de ce chef à aucune indemnité à charge de l'associé ou de la société. Si le déficit est de plus d'un vingtième, on décide qu'il y aura lieu, suivant les circonstances, à la résolution de la société ou à des dommages-intérêts. En cas d'excédant de plus d'un vingtième, les associés devront une indemnité, sauf à user du droit que l'article 1620 leur donne de se désister du contrat (1).

L'opinion contraire, professée par Duvergier, nous paraît plus conforme aux principes. Il s'agit de savoir si des dispositions arbitraires et en un certain sens exceptionnelles peuvent s'étendre d'un contrat à un autre. La négative est certaine. Or, les dispositions qui se trouvent au titre de la *Vente* sur la délivrance de la contenance sont arbitraires : la limite du vingtième ne peut être établie que par le législateur, donc on ne peut l'étendre à la société. Les articles 1617 et suivants sont aussi exceptionnels; cela résulte du texte même de la loi. L'article 1616 porte : « Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, sous les *modifications* ci-après exprimées. » Ces modifications dérogent à la règle, ce sont donc des exceptions, et à ce titre on ne peut les étendre, fût-ce par voie d'analogie. D'ailleurs l'analogie est loin d'être complète. Le contrat de société diffère du contrat de vente. Dans la vente, chacune des parties stipule dans son intérêt, et il est permis à l'une de s'avantager au détriment de l'autre. Il n'en est pas ainsi dans la société, ce contrat a pour but l'égalité entre associés, l'attribution des bénéfices est proportion-

(1) Pont, p. 194, nº 265, et les auteurs qu'il cite.

nelle à l'importance de la mise; si donc un associé fait une mise moindre que celle qu'il a promise, le principe de l'égalité serait violé si le bénéfice était calculé à raison de l'apport nominal. C'est en ce sens que l'article 1845 dit que chaque associé est débiteur envers la société de *tout* ce qu'il a promis d'y apporter. Il doit donc *tout* son apport, sinon il y a lieu à indemnité. Et s'il y a excédant, le principe de l'égalité demande que les associés lui en tiennent compte. Ce système a été soutenu devant la cour de cassation; la difficulté n'a pas été résolue, parce que l'arrêt attaqué décidait en fait que l'apport constituait, dans l'espèce, une véritable vente; ce qui rendait l'article 1619 applicable (1).

247. L'article 1845 applique le principe de la garantie à l'apport des associés. Pothier, auquel les auteurs du code ont emprunté cette disposition, en donne la raison : La société est un contrat commutatif, chacun des associés s'engage à donner ou à faire une chose qui est l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour lui (art. 1104). L'équivalent consiste dans le bénéfice qui est en proportion de la mise; or, en cas d'éviction, l'associé se trouve sans mise, ou sa mise est diminuée; partant, il doit indemniser la société de la perte qu'elle éprouve par l'éviction. Pothier ajoute une restriction qui résulte des principes et que le code a consacrée implicitement. La garantie n'a lieu que lorsqu'il s'agit de l'apport d'un corps certain; si un associé apportait une universalité de biens, l'éviction de quelqu'un des héritages ne donnerait pas lieu à garantie (2). L'article 1845 suppose aussi qu'il s'agit d'un corps certain; et l'article 1696 décide que celui qui vend une hérédité sans en spécifier les objets n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier. Nous renvoyons, pour le principe, à ce qui a été dit au titre de la *Vente*.

248. D'après l'article 1841, la société peut avoir pour objet l'usage de certaines choses ou les fruits à en perce-

(1) Duvergier, p. 196, n° 156. Rejet, chambre civile, 14 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 1, 91).

(2) Pothier, *De la société*, n^{os} 113 et 114. Comparez Pont, p. 198, n^{os} 267-274. Duvergier, p. 201, n^{os} 159-167.

voir. Dans ce cas, la propriété reste à l'associé; la société acquiert seulement l'usage ou la jouissance(1). A quel titre jouira-t-elle de la chose? Les uns disent que c'est à titre d'usufruit (2), d'autres disent que c'est à titre de bail. Il faut dire que cela dépend de l'intention des parties contractantes, et on ne peut pas déterminer cette intention *a priori,* la volonté étant essentiellement une question de fait (3). Nous croyons inutile de discuter les présomptions que les auteurs établissent à cet égard (4). Il ne peut être question de présomptions légales; ce sont donc de simples probabilités, qui dépendent des faits et des circonstances et qui, par conséquent, varient d'une cause à l'autre. Y a-t-il un écrit, les juges l'interpréteront d'après les règles générales qui président à l'interprétation des conventions. S'il n'y a pas d'écrit, les juges ne peuvent recourir à des présomptions que dans le cas où la preuve testimoniale est admise; et ces présomptions, dites de l'homme, sont entièrement abandonnées à leur appréciation. Les principes généraux ont été exposés au titre des *Obligations,* et l'application que le juge est appelé à en faire est de pur fait.

Les conséquences de l'apport seront toutes différentes, selon que la société jouit à titre de bail ou à titre d'usufruit. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre du *Louage,* sur les différences qui existent entre les deux droits.

N° 2. DE L'APPORT D'UNE SOMME D'ARGENT.

249. « L'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée » (art. 1846). Cette disposition déroge à la règle établie par l'article 1153, aux termes duquel les dommages-intérêts résultant du

(1) Duvergier, p. 210, n° 168. Troplong, n° 538.
(2) Duranton, t. XVII, p. 396, n° 393 (au point de vue de la garantie).
(3) C'est l'opinion de Pont, p. 203, n° 276.
(4) Duranton. t. XVII, p. 416, n° 408. Duvergier, p. 228, n° 196. Pont, p. 206, nos 283-287.

retard dans l'exécution ne sont dus que du jour de la demande. L'associé doit les intérêts de plein droit. Cette exception est fondée sur la nature même du contrat de société. Si, en général, les intérêts ne courent qu'à partir de la demande qui en est faite en justice, c'est qu'une mise en demeure est nécessaire pour constater le dommage que le créancier éprouve de l'inexécution de l'obligation. Dans le cas de société, le dommage est constaté par la nature même du contrat. Les parties contractantes spéculent sur l'emploi des mises, donc la société est en perte par cela seul qu'elle ne perçoit pas les intérêts de la somme que l'un des associés a promis d'apporter ; et dès que le dommage est constant, il y a lieu à dommages-intérêts (1). Faut-il conclure de là que l'associé ne doit pas les intérêts si l'inexécution de ses obligations n'a causé aucun préjudice à la société? Il a été jugé que l'associé était néanmoins tenu de payer les intérêts (2). Nous croyons que la cour a bien jugé en s'en tenant au texte de la loi dont les termes sont absolus. Les motifs que la doctrine donne pour justifier une disposition n'autorisent pas le juge à restreindre l'application de la loi dans les limites de ces motifs, car la doctrine n'a point de force légale.

L'article 1846 contient une seconde dérogation au droit commun. D'après l'article 1153, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi. L'article 1846, après avoir dit que l'associé doit les intérêts de plein droit, ajoute : « Le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. » Cette exception résulte aussi de la nature du contrat de société. On ne s'associe point pour retirer l'intérêt légal des mises sociales, on s'associe pour faire des bénéfices qui excèdent le profit que l'on retire d'ordinaire de ses capitaux ; le dommage étant supérieur à l'intérêt légal, la loi a dû donner aux associés une action en dommages-intérêts. S'il n'en est pas de même dans les

(1) Rejet. 3 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 150).
(2) Aix, 1er mars 1869 (Dalloz, 1870, 2, 219).

contrats en général, alors qu'ils ont pour objet une somme d'argent, c'est qu'il eût été impossible d'évaluer le montant du dommage souffert par le retard dans le payement; ce motif n'existe point dans la société, puisque l'objet de la société indique l'emploi que les parties auraient fait des fonds; il est donc facile de calculer le dommage que la société souffre quand elle ne peut pas faire cet emploi (1).

250. L'article 1846 s'applique-t-il aux fruits? On suppose que la chose produit des fruits et que l'associé continue à la posséder; il recueille les fruits : en doit-il compte à ses coassociés? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Un premier point est incontestable, c'est que les fruits perçus par l'associé appartiennent à la société. C'est l'application pure et simple de l'article 547. Les fruits appartiennent au propriétaire par droit d'accession; or, la société est propriétaire dès l'instant de la perfection du contrat (n° 245); c'est donc à elle que les fruits appartiennent. C'était l'avis de Pothier; mais Pothier ajoute : « Tant que l'associé n'a pas été mis en demeure d'apporter à la société les choses qu'il a promis d'y apporter, il n'est tenu de faire raison à la société que des fruits qu'il a perçus. Depuis qu'il a été mis en demeure de les y apporter, il est tenu même de ceux qu'il n'a pas perçus et que la société aurait pu percevoir (2). » Que telle soit l'obligation de l'associé mis en demeure, cela n'est pas douteux. Mais faut-il une mise en demeure? Sur ce point, il y a controverse. Il y a des auteurs qui suivent l'opinion de Pothier (3); à notre avis, c'est la bonne. L'article 1846 ne peut pas être appliqué aux fruits. En effet, la règle à laquelle il déroge ne concerne que les obligations qui ont pour objet une somme d'argent (art. 1153), et le texte de l'article 1846 ne parle que de l'apport d'une somme. L'exception, de même que la règle sont donc spéciales; il faut les laisser de côté pour s'en tenir aux principes généraux

(1) Duranton, t. XVII, p. 400, n° 398. Pont, p. 210, n° 298.
(2) Pothier, *De la société*, n° 115.
(3) Duvergier, p. 194, n° 152. Troplong, n° 531. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, p. 432, note 5.

de droit. Or, d'après ces principes, il faut une mise en demeure pour que le débiteur soit tenu des dommages-intérêts; le code ne déroge pas à ces principes, en matière de société; c'est dire qu'ils restent applicables. On objecte l'esprit de la loi: il y a même raison de décider, dit-on; qu'il s'agisse de fruits ou d'intérêts d'une somme d'argent, dans tous les cas, la société souffre un dommage : pourquoi aurait-elle droit à des dommages-intérêts quand l'apport consiste dans une somme d'argent, tandis qu'elle ne pourrait pas en réclamer quand l'apport consiste dans une chose frugifère? On ajoute qu'une mise en demeure est inutile, l'associé est mis en demeure en vertu de la nature du contrat. Nous répondons que la loi aurait sans doute dû établir ce principe comme règle générale, mais elle ne l'a pas fait; on est donc en présence d'une règle générale à laquelle le code n'a point dérogé. Cela décide la question.

L'opinion contraire est plus généralement enseignée. Un de nos meilleurs auteurs, Delangle, dit que l'associé, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure, est débiteur et des fruits qu'il a recueillis et de ceux que, plus habile ou plus diligent, il eût pu recueillir. C'est la *punition* de sa faute; elle ne lui serait pas remise dans le cas même où il serait douteux que la société, possédant la chose, en eût tiré un meilleur parti. La *peine,* continue Delangle, peut aller plus loin : si le retard a causé à la société un dommage excédant la privation des fruits, l'associé en est responsable (1). Il nous semble que les termes mêmes dans lesquels cette opinion ést formulée la condamnent. Le juge peut-il infliger une *peine* au débiteur sans qu'il y ait une loi qui la prononce? Cela est impossible; or, de loi il n'y en a pas, puisque l'article 1846, en tant qu'il prononce une peine, est de stricte interprétation.

N° 3. DE L'APPORT DE L'INDUSTRIE.

251. « Les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société lui doivent compte de tous les gains

(1) Delangle, nos 77 et 78. Comparez Pont, p. 192, n° 263, et les auteurs qu'il cite.

qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société » (art. 1847). Pothier, à qui cette disposition est empruntée, l'explique en ajoutant que si l'associé a une autre industrie, qui ne fait pas l'objet de la société, il ne doit pas compte à ses coassociés des gains qu'il en retirerait. Le cas s'est présenté devant la cour de Lyon. Des industriels s'associent pour la fabrication de l'acier; ils se soumettent à consacrer tout leur temps, tout leur travail au perfectionnement de cette industrie. L'un d'eux invente un procédé pour revêtir le fer d'une couche de fer fondu, industrie qui est spéciale aux établissements où l'on confectionne des pièces de forge rechargées d'acier. L'autre associé demande que l'inventeur rende compte à la société des gains qu'il a faits par cette découverte. Il a été jugé que l'invention n'était pas un procédé pour fabriquer de l'acier, seul objet de la société; dès lors l'article 1847 était inapplicable, puisque les associés qui se sont obligés à apporter toute leur industrie à une société ne sont tenus de rendre compte que des gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui fait l'objet de cette société (1).

252. Il y a une différence entre l'apport de l'industrie et l'apport d'une chose mobilière ou immobilière. L'associé qui promet son industrie contracte une obligation de faire; tandis que celui qui s'oblige à apporter un meuble ou un immeuble contracte une obligation de donner. De plus, l'obligation de faire, dans l'apport de l'industrie, est une obligation successive, qui se continue pendant toute la durée de la société et qui cesse naturellement quand la société finit; l'associé reprend, dans ce cas, l'exercice de son industrie telle qu'il l'avait apportée, avec les accessoires, s'il y en a. La cour de cassation a fait l'application de ce principe dans l'espèce suivante. Un artiste, qui s'est fait une réputation sous le pseudonyme de *Nadar*, s'associe avec son frère pour l'exploitation de la photographie, en consentant à ce que le pseudonyme figure dans la raison sociale. Après la dissolution de la société, il demande que son frère supprime le nom de *Nadar* de

(1) Pothier, nº 120. Lyon, 18 juin 1856 (Dalloz, 1857, 2, 71).

l'enseigne de son entreprise de photographie, lui-même étant intéressé à l'utiliser pour une entreprise qui lui était propre. La question était de savoir si ce pseudonyme avait été cédé à la société, comme le serait un objet mobilier ou immobilier, qui devient la propriété des deux associés. Poser la question, c'est la résoudre. Le pseudonyme était un accessoire du travail que l'artiste avait promis à la société; en reprenant son travail, il reprenait son nom(1).

§ II. *De la responsabilité des associés.*

N° 1. DE LA FAUTE.

253. « Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa *faute* » (art. 1850). De quelle faute l'associé est-il tenu? Nous avons répondu à la question en exposant la théorie des fautes, au titre des *Obligations*. Il faut appliquer le principe général de l'article 1137, parce que le code n'y déroge point au titre de la *Société*; l'associé doit donc apporter aux affaires sociales les soins d'un bon père de famille; c'est ce que, dans le langage traditionnel, on appelle la faute légère *in abstracto*. Dans la théorie des anciens interprètes, on y ajoutait une restriction empruntée à une loi romaine. « On ne peut exiger de l'associé, dit Pothier, que le soin dont il est capable et qu'il apporte à ses propres affaires; s'il n'a pas la même prévoyance qu'ont dans leurs affaires les plus habiles pères de famille, ses associés ne doivent pas lui imputer ce défaut, mais plutôt s'imputer à eux-mêmes de s'être associés avec lui. » Duranton et, à sa suite, Troplong reproduisent cette doctrine avec plus ou moins de précision; ce qui aboutit à la conséquence que l'associé ne serait tenu que de la faute légère *in concreto*. Nous croyons, avec Duvergier, que le tempérament de Pothier doit être rejeté et qu'il faut s'en tenir à la responsabilité de l'article 1137(2).

(1) Cassation, 6 juin 1859 (Dalloz, 1859, I, 248). Pont, p. 214, n° 304.
(2) Duranton, t. XVII, p. 410, n° 403. Troplong, n°s 566-576. Duvergier, p. 383, n° 324. Pont, p. 247, n°s 353 et 354. Comparez Pothier, *De la société*, n° 124.

Quand la loi se contente d'une responsabilité moindre, elle le dit (art. 1927, 1992); elle ne déroge pas à la règle en ce qui concerne les associés. Cela est décisif.

Cette discussion est, du reste, assez oiseuse, parce que la responsabilité est essentiellement une question de fait, comme on l'a dit au conseil d'Etat. Lacuée critiqua le mot *faute* comme étant trop vague; on en pourrait abuser, dit-il, pour rendre l'associé responsable des événements qui auraient trompé des combinaisons exactes dans leur principe. Treilhard, le rapporteur de la section de législation, répondit que les tribunaux sauraient faire les distinctions que réclame la justice, la loi ne peut s'en rapporter qu'à eux; vainement elle entreprendrait de spécifier d'avance tous les degrés de la responsabilité. « Le droit romain, dit Berlier, distinguait la faute grave, la faute légère et même la faute très-légère. On a évité ces distinctions dans tous les titres adoptés, mais sans ôter aux tribunaux la faculté d'apprécier ce qui constitue la faute ou en absout. » Répondant ensuite à la critique de Lacuée, Berlier ajouta : « Des spéculations raisonnables qui tournent mal sont un malheur, et non une faute; tout cela doit être décidé *ex æquo et bono*; l'expression employée n'y fait pas obstacle, et il est d'ailleurs impossible de la remplacer par aucune autre qui ait un sens tout à la fois plus précis et moins dangereux (1). »

254. Nous empruntons quelques applications à la jurisprudence; il n'y est pas question des débats de l'école sur les degrés de faute (2). Les tribunaux décident en fait. Les associés gérants dans une société en commandite répondent-ils des vols et détournements commis par un employé, alors que le choix et la direction du personnel leur appartiennent exclusivement, sans contrôle des commanditaires? Le tribunal de commerce de Lyon avait déchargé les gérants de toute responsabilité, quoiqu'il

(1) Séance du conseil d'Etat, du 14 nivôse an XII, nº 18 (Locré, t. VII, p. 233).

(2) On trouve dans un arrêt de la cour de Bordeaux l'expression de faute lourde (18 mai 1827, Dalloz, au mot *Société*, nº 564). Si la cour entend dire que l'associé ne répond que de la faute lourde, assimilée au dol, son erreur est évidente.

reconnût qu'il y avait eu imprudence des gérants, mais il décida que leur imprudence était excusable. Cette décision fut réformée en appel. La cour constate qu'il y avait faute de la part des gérants. Ils avaient remplacé un employé de confiance par un jeune homme de vingt-deux ans, étranger, sans prendre aucun renseignement et en acceptant comme vraies ses allégations mensongères, alors qu'ils auraient pu s'assurer de leur fausseté par les plus simples démarches. Ils confièrent à un aventurier la caisse, tenue jusque-là par l'un des chefs de la maison, et la tenue des livres ; ce cumul permettait à l'employé de dissimuler, par de fausses écritures, les détournements faits par lui au préjudice de la caisse. La cour ajoute que le procédé habituel du voleur était maladroit et grossier ; il consistait le plus souvent dans de fausses additions qu'un simple coup d'œil sur une colonne additionnée devait faire apercevoir et relever. Il a fallu, dit l'arrêt, une incroyable incurie et un défaut absolu de surveillance pour que ces dilapidations aient pu se répéter pendant plusieurs années et atteindre le chiffre énorme de 87,000 francs (1).

Il a été jugé que l'un des gérants d'une société en commandite était responsable des détournements que l'autre avait pratiqués d'une partie des fonds sociaux pour l'appliquer à ses affaires personnelles. Le défendeur objectait qu'il n'avait pu ni soupçonner ni empêcher les fautes personnelles de son associé. La cour de Paris répond que les fonctions de gérant étaient exercées conjointement par les deux associés, que tous deux devaient veiller avec un soin égal à la conservation et au bon emploi des valeurs confiées à la société. L'arrêt entre ensuite dans le détail des fautes que l'on pouvait reprocher au cogérant. Bien qu'il s'occupât plus spécialement du placement des marchandises, il était de son devoir de compulser les livres, de connaître l'état des créances actives et passives et de veiller à l'emploi des rentrées. S'il avait rempli ce devoir, il n'eût pas tardé à s'apercevoir que sur les livres spéciaux

(1) Lyon, 3 décembre 1857 (Dalloz, 1859, 2, 171).

figuraient constamment des débiteurs fictifs ou des créances exagérées, et évidemment supérieures au montant des ventes effectuées; qu'il aurait dès lors pu arrêter le mal dans sa source et prévenir des détournements qui s'élevèrent à 50,000 francs (1).

255. L'article 1850 ajoute que l'associé ne peut compenser avec les dommages qu'il a causés par sa faute, les profits que, par son industrie, il aurait procurés à la société dans d'autres affaires. Pothier en dit la raison. L'associé doit à la société son industrie; en lui apportant les profits qu'il a réalisés, il n'a donc fait que s'acquitter envers elle de ce qu'il lui devait; la société ne lui doit, de ce chef, rien qu'il puisse opposer en compensation de ce qu'il lui doit (2).

Le code suppose que le dommage a été causé dans une affaire et que le profit a été procuré dans une autre. Si donc il s'agissait d'une seule et même affaire, l'associé pourrait compenser les profits avec les pertes. Telle est du moins l'opinion générale (3); elle nous laisse quelque doute. On peut dire d'une affaire unique ce que Pothier dit de plusieurs affaires distinctes : l'associé est débiteur des profits et il est aussi débiteur des pertes; or, on ne compense pas une dette avec une dette; celui qui invoque la compensation doit être tout ensemble débiteur et créancier; et l'associé, loin d'être créancier des profits qu'il procure, en est débiteur; dès lors la base de la compensation fait défaut.

N° 2. DE L'OBLIGATION DE VEILLER AUX INTÉRÊTS COMMUNS.

256. Pothier dit que chacun des associés doit rapporter à la masse commune tout ce qu'il a perçu du fonds commun; et il en est, par conséquent, débiteur envers la société. Par exemple, si l'un des associés a tiré de la caisse de la société une somme d'argent pour l'employer à ses

(1) Paris, 21 janvier 1852 (Dalloz, 1852, 2, 278).
(2) Pothier, *De la société*, n° 125.
(3) Duvergier, p. 392, n° 331. Duranton, t. XVII, p. 410, n° 403. Delangle, n° 165. Pont, p. 253, n° 361.

affaires particulières, il n'est pas douteux qu'il soit débiteur de cette somme envers la société (1). La règle établie par Pothier et l'application qu'il en fait sont d'une telle évidence, que les auteurs du code ont jugé inutile de les reproduire; toutefois ils consacrent implicitement le principe dans l'article 1846, 2e alinéa : « L'associé devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier. » C'est une dérogation à la règle de l'article 1153; elle se justifie par les motifs qui ont fait porter la disposition principale de l'article 1846, à savoir que l'associé doit de plein droit les intérêts de son apport (n° 249); il est inutile que l'on constate par une demande judiciaire le préjudice que la société souffre, le fait seul qu'elle est privée de la jouissance d'un capital qui lui appartient la constitue en perte, parce que les capitaux qui forment le fonds social sont destinés à produire des bénéfices et en produisent régulièrement. Il y a de plus, dans l'espèce, de la part de l'associé qui emploie à son profit un capital destiné à l'avantage commun, une violation d'une obligation; car, comme associé, il aurait dû agir dans l'intérêt social.

Les motifs qui justifient l'article 1846 en expliquent aussi la portée. Il ne faut pas prendre au pied de la lettre les mots : *sommes prises dans la caisse sociale*. Dans les sociétés civiles, il se peut qu'il n'y ait point de caisse sociale; qu'il y en ait ou qu'il n'y en ait pas, peu importe, il y a toujours un fonds commun; et dès que l'un des associés détourne de sa destination une partie du fonds social, dans son intérêt particulier, l'article 1846 doit recevoir son application. La jurisprudence a consacré cette interprétation, que quelques auteurs ont eu tort de combattre; il est vrai que la disposition de l'article 1846 est exceptionnelle et, à ce titre, de stricte interprétation; mais ce n'est pas étendre une exception que de l'expliquer et d'en fixer le sens. Un associé perçoit les intérêts ou arrérages

(1) Pothier, *De la société*, n° 118.

de rentes sur l'Etat appartenant à la société : il en doit les intérêts de plein droit, non-seulement tant qu'il touche une somme qui doit entrer dans la caisse sociale, mais encore après le transfert qu'il a fait de la totalité de ces rentes (1). Une société prend à ferme les bacs de deux départements. Il est convenu que deux associés prennent pour leur compte particulier quelques-uns de ces bacs, à charge de verser entre les mains du caissier une somme annuelle, *à titre de profit*, pour tous les participants. Une sentence arbitrale les condamna à payer les intérêts de ces sommes dont ils étaient débiteurs. Les associés interjetèrent appel, et prétendirent qu'ils étaient débiteurs comme fermiers et non comme associés ; la cour de Grenoble, après partage, maintint la condamnation. A notre avis, il n'y avait pas même de doute (2).

257. A partir de quel moment l'associé doit-il les intérêts des sommes qu'il prend dans la caisse sociale? L'article 1846 répond à la question : « A partir du jour où il les en a retirées pour son profit particulier. » Cela ne veut pas dire que l'associé ne soit tenu des intérêts que du jour où il a employé la somme à son profit ; la loi ne dit pas cela, elle dit que les intérêts courent de plein droit du jour où les sommes ont été *tirées* de la caisse sociale, c'est-à-dire détournées de leur destination ; les associés n'ont donc qu'une chose à prouver, c'est qu'une somme a été tirée ou détournée du fonds commun ; du moment où elle a été privée de la jouissance, elle a droit aux intérêts.

Jusqu'à quand l'associé doit-il les intérêts? Il les doit jusqu'au moment où il restitue la somme qu'il a tirée de la caisse sociale ; s'il la garde jusqu'à la dissolution de la société, il en devra les intérêts jusqu'à la liquidation, car ce n'est qu'à ce moment que la restitution pourra se faire (3).

258. L'article 1846 ajoute : « Le tout sans préjudice

(1) Rejet, 28 juin 1825 (Dalloz, au mot *Société*, n° 531, 1°.
(2) Grenoble, 4 mars 1826 (Dalloz, au mot *Société*, n° 531, 2°). Comparez Pont, p. 223, n° 320, et en sens divers, les auteurs qu'il cite.
(3) Pont, p. 225, n° 323, et p. 228, n° 326.

de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. » Il y a une différence entre les dommages-intérêts et les intérêts auxquels la société a droit. Les intérêts courent de plein droit, sans que la société ait rien à prouver; tandis que les dommages-intérêts ne sont dus que *s'il y a lieu*. C'est à la société qu'incombe la preuve du dommage qu'elle a souffert et du gain dont elle a été privée. Peu importe le profit que l'associé a retiré de la somme qu'il a prise dans la caisse sociale; il serait tenu des dommages-intérêts, quand même il n'aurait retiré aucun profit de la somme qu'il a détournée; mais, par contre, si ce profit était supérieur à la perte éprouvée par la société, celle-ci n'aurait d'action que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a perdu, car son action est une action en dommages-intérêts, et les dommages-intérêts sont définis par la loi : ils consistent dans la perte que le créancier a faite et dans le gain dont il a été privé (art. 1146) (1).

259. « Non-seulement l'associé ne peut rien faire contre l'intérêt social, mais même il doit subordonner cet intérêt supérieur à son intérêt particulier. » Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de Paris (2). Le code ne pose pas ce principe, mais il en consacre des conséquences dans les articles 1848 et 1849, qu'il a empruntés à Pothier.

La loi suppose d'abord que « l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible. » Le débiteur paye un à-compte sans que les parties fassent une imputation; l'article 1848 dispose que, dans ce cas, l'imputation se fera sur la créance de la société et sur la sienne dans la proportion des deux créances. Pothier donne le motif de cette décision. Chaque associé doit aux affaires de la société le même soin qu'à ses propres affaires; lors donc que les créances de la société et de l'associé sont également exigibles, le payement doit profiter à l'une et à l'autre pour une

(1) Pont, p. 226, nº 324.
(2) Paris, 26 avril 1850 (Dalloz, 1850, 2, 129)

part égale, c'est-à-dire proportionnelle au montant des deux créances. Si l'associé a fait l'imputation, il faut distinguer. La quittance impute le payement partiel en entier sur la créance de la société; cette stipulation sera exécutée, dit l'article 1848; l'associé sacrifie, dans ce cas, son intérêt à celui de la société; il en a le droit, c'est un acte de délicatesse que la loi ne commande pas, mais qu'elle approuve. Par contre, elle désapprouve l'associé qui dirige l'imputation intégrale sur sa créance particulière; si elle ne lui impose pas le sacrifice de ses intérêts, elle ne veut pas non plus que l'associé sacrifie les intérêts de la société aux siens; elle décide que l'imputation sera proportionnelle, sans tenir compte de la quittance.

260. L'application de l'article 1848 soulève plusieurs difficultés. On demande d'abord si cette disposition déroge aux règles que le code établit sur l'imputation, au chapitre du *Payement*. La négative nous paraît certaine. Au titre des *Obligations*, la loi règle les rapports entre le créancier et le débiteur; elle y pose en principe que le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter. Cela suppose un créancier unique à qui il est dû plusieurs dettes. A plus forte raison le débiteur qui a plusieurs créanciers peut-il déclarer qu'il veut payer l'un d'eux. Il en est ainsi dans le cas prévu par l'article 1848 : le débiteur a deux créanciers, l'associé et la société; il peut donc déclarer qu'il entend acquitter la dette dont il est tenu envers l'associé, et s'il paye cette dette intégralement, l'associé n'a pas le droit de refuser le payement. L'associé qui, dans cette hypothèse, reçoit le payement intégral de ce qui lui est dû, sera-t-il tenu de faire raison à la société de la somme qu'il a touchée dans la proportion de la créance de la société? Non, à notre avis. On ne se trouve pas dans le texte de l'article 1848; ce n'est pas l'associé qui dirige l'imputation sur ce qui lui est dû, c'est le débiteur qui paye sa dette et qui peut forcer le créancier de la recevoir. Il est vrai que, dans les sociétés civiles, l'associé est créancier pour sa part des dettes sociales; il a donc deux créances contre le même débiteur, une créance per-

sonnelle et une créance à titre d'associé; ce qui le place dans la situation d'un créancier à qui le débiteur fait un payement partiel : le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir un payement partiel; le principe, tel que nous venons de le poser, ne recevrait donc d'application qu'au cas où le débiteur payerait intégralement la créance personnelle de l'associé et la part qu'il a dans la créance sociale.

Si le payement n'est que partiel, il y a quelque doute. Nous croyons que le débiteur conserve le droit que lui donne l'article 1253, de dicter l'imputation; et, par suite, le payement ainsi imputé sera valable entre les parties. Mais quel effet le payement produira-t-il entre l'associé et la société? Nous croyons que, dans les rapports entre l'associé et la société, l'article 1848 reste applicable, quoique le débiteur ait dicté l'imputation. On s'exprime mal, comme nous l'avons dit ailleurs, en disant que le débiteur dicte l'imputation; en effet, il n'a pas le droit de faire un payement partiel sans le consentement du créancier; et si celui-ci reçoit un payement partiel, il peut exiger que l'imputation se fasse sur la créance de la société en même temps que sur la sienne; donc, en réalité, l'imputation faite par le débiteur a lieu du consentement du créancier; ce qui rend l'article 1848 applicable. Il en serait ainsi lors même que le débiteur aurait intérêt à payer la dette de l'associé, parce qu'elle est plus onéreuse. Cet intérêt ne lui donne pas le droit de forcer le créancier à recevoir un payement partiel; ainsi, dans toute hypothèse, le payement et l'imputation se font avec le consentement exprès ou tacite du créancier; c'est donc réellement lui qui dirige l'imputation, comme le suppose l'article 1848 (1).

261. L'article 1848 est-il applicable lorsque l'acte de société donne le pouvoir d'agir à un ou plusieurs des associés? La question est controversée. A notre avis, il résulte de l'esprit de la loi que l'associé n'est tenu de l'obligation qui lui incombe que dans le cas où il a le pouvoir

(1) Voyez, en sens divers, Pont, p 231, nos 333-336, et les auteurs qu'il cite.

de recevoir la créance. Il en est ainsi quand il est chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat (art. 1856); et, à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Dans cette hypothèse, l'associé est obligé de veiller aux intéréts communs, et c'est sur cette obligation qu'est fondée la disposition de l'article 1848. Si, au contraire, l'associé n'est pas administrateur, il n'a pas le droit d'agir, il ne peut donc pas recevoir pour la société; dès lors on ne conçoit pas qu'il doive imputer ce qu'il reçoit sur la créance sociale. On objecte que l'article 1848 est conçu en termes généraux et que l'interprète ne peut pas introduire de distinction dans la loi. Cela est vrai en général, mais cela n'est pas vrai d'une manière absolue : il est permis de distinguer quand la distinction, comme dans l'espèce, résulte de la nature même de la disposition. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que Pothier établit expressément la distinction entre l'associé administrateur et l'associé non administrateur dans le cas prévu par l'article 1849, sur lequel nous reviendrons (n° 263); or, l'article 1849 et l'article 1848 procèdent du même principe; si l'article 1849 ne s'applique qu'à l'associé qui a pouvoir de recevoir, il en doit être de même de l'article 1848 (1).

262. Faut-il appliquer à la compensation ce que l'article 1848 dit du payement? Cette question est aussi controversée. La négative nous paraît certaine. L'associé qui était débiteur devient créancier d'un tiers qui est aussi débiteur envers la société. Que se passe-t-il? La compensation se fait de plein droit entre la dette de l'associé et sa créance; on peut comprendre dans la créance de l'associé la part qu'il a dans la créance sociale, mais la compensation est étrangère à la part que les autres associés ont dans la créance; donc il ne peut être question d'imputer le payement fictif résultant de la compensation sur ce qui est dû à la société. Le texte de l'article 1848 ré-

(1) Pothier, *De la société*, n° 122. Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Pont, p. 236, n° 338.

siste aussi à cette application extensive de la loi. Il suppose que l'associé qui reçoit un payement partiel dirige l'imputation sur la créance qui lui est personnelle, en préférant son intérêt à celui de la société; ces suppositions font défaut en cas de compensation; on ne peut pas reprocher à l'associé d'avoir méconnu son devoir, puisqu'il n'avait aucun devoir, la compensation procédant exclusivement de la loi (1).

263. « Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance *pour sa part* (art. 1849). » Cette disposition est empruntée à Pothier, qui l'a puisée dans une loi romaine. Il importe avant tout de préciser l'hypothèse que Pothier a eue en vue; il suppose que les associés avaient un pouvoir réciproque, comme il est assez ordinaire, de faire l'un pour l'autre les affaires de la société. Dans ce cas l'associé a le pouvoir de toucher la créance sociale; et la loi veut qu'il rapporte à la masse commune ce qu'il a reçu d'un débiteur de la société. La raison en est que, devant exiger le payement pour le compte de la société; il n'a pas dû préférer son intérêt particulier à celui de la société. Si l'associé n'avait pas pouvoir de recevoir la créance sociale, on ne peut pas lui reprocher d'avoir négligé les intérêts communs; car ce n'est pas lui qui était chargé de recouvrer la créance, il n'a pas même le droit d'en recevoir le payement. Le seul droit qu'il ait, c'est de recevoir sa part dans la créance; et il peut être forcé de la recevoir, puisque, dans les sociétés civiles, les créances de la société sont les créances des associés. Faisant ce qu'il a le droit et l'obligation de faire, il ne peut être question de lui appliquer l'article 1849, qui suppose qu'il aurait dû agir dans l'intérêt commun (2).

On donne généralement un autre motif de l'obligation

(1) Duvergier, p. 399, n° 339; Pont, p. 238, n° 340. En sens contraire, Delangle, n° 169; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, p. 434, note 10.

(2) Pothier, *De la société*, n° 122. Comparez Pont, p. 239, n° 341. Voyez une application dans l'arrêt de rejet du 17 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Société*, n° 553).

que l'article 1849 impose à l'associé. Tant que dure la société, dit Duvergier, chaque associé n'a point une part distincte dans les créances sociales. Cela suppose que la créance appartient à la société, considérée comme être moral. C'est la société, dit Troplong, qui est propriétaire de la créance; ce que l'associé reçoit de la créance sociale n'était pas à lui, mais à la société : les deniers, en passant par ses mains, sont tombés forcément dans celles de la société; il en a été le ministre malgré lui, il a agi pour elle, alors qu'il croyait n'agir que dans son intérêt individuel (1). Il est inutile de combattre cette interprétation, nous la signalons comme une erreur, à notre avis, évidente. L'article 1849, loin de consacrer l'opinion qui personnifie la société civile, témoigne contre ceux qui l'invoquent, car on ne peut pas séparer cette disposition de l'explication que Pothier en donne, et il n'y a pas un mot dans Pothier qui ait trait à la personnification; au contraire, ce qu'il dit implique que les créances sociales se divisent et qu'elles appartiennent à chaque associé pour sa part; et le texte de l'article 1849 le dit en toutes lettres, puisqu'il prévoit le cas où l'associé aurait donné quittance *pour sa part*. Les auteurs oublient donc le texte de la loi, et ils ne tiennent aucun compte de son esprit.

264. Préciser les vrais motifs de la loi, c'est résoudre les difficultés auxquelles elle donne lieu. On demande si l'associé doit rapporter immédiatement à la masse ce qu'il a reçu de la créance sociale pour sa part, ou n'y est-il tenu que lorsque le débiteur est devenu insolvable? Ces derniers termes sont ceux de la loi, elle les a empruntés à Pothier; cependant les auteurs enseignent qu'il ne faut pas s'attacher à la lettre de l'article. Et la raison? C'est que la somme que l'associé reçoit d'un débiteur de la société devient la propriété de la société malgré lui, parce que, pendant la durée de la société, celle-ci est propriétaire de la créance, et les associés n'y ont aucun droit. S'il en était ainsi, l'article 1849 serait inutile; il va sans dire que l'associé doit remettre dans la caisse sociale ce

(1) Duvergier, p. 401, n° 342. Troplong, n° 560.

qui appartient à la société, et il le doit de suite. Non-seulement l'article est inutile, mais il est incompréhensible. Pourquoi n'oblige-t-il l'associé au rapport que lorsque le débiteur est devenu insolvable? Qu'est-ce que l'insolvabilité du débiteur a à faire ici? Aussi les auteurs sont-ils obligés d'effacer ce que la loi dit de l'insolvabilité du débiteur (1). Singulière façon d'interpréter les lois que de les mutiler, ou de les corriger!

265. Pothier, après avoir exposé le cas prévu par l'article 1849, ajoute : « Par la même raison, si un des associés, trouvant une occasion de vendre avantageusement des marchandises de la société, au lieu de faire le marché pour le compte de la société, l'a fait pour son compte particulier, en vendant *sa part*, il sera obligé de rapporter à la masse commune ce qu'il a vendu de plus *sa part* que l'autre associé n'a vendu la sienne. » Les auteurs qui reproduisent cette décision la rattachent également au prétendu principe de la personnification. Pothier est cependant aussi explicite que possible; il suppose que chaque associé a *sa part* dans la propriété commune, et sa décision n'a de sens que si l'on admet cette supposition. Le vrai motif de décider est le même que dans le cas de l'article 1848; Pothier le dit encore (2). Il ne saurait y avoir de doute sur ce point. La disposition de l'article 1849 est l'application d'un principe général; on peut donc et on doit l'étendre aux cas analogues quand il y a même motif de décider.

§ III. *Des obligations de la société envers les associés.*

N° 1. DE LA RESTITUTION DES APPORTS ET DES RISQUES.

266. L'associé a-t-il droit à la restitution de son apport? Si la chose qui le constitue périt, qui supporte la perte? Quelle est l'influence de la perte sur l'existence de la

(1) Duvergier, p. 402, n° 339, et les auteurs cités par Pont, p. 242, note. Pont est d'un avis contraire, n° 344.

(2) Pothier, *De la société*, n° 122. Pont, p. 243, n° 347. Comparez Duvergier, p. 403, n° 342; Troplong, n° 563.

société? Ces questions ne sont pas sans difficulté, à raison de la rédaction obscure de la loi. Nous croyons qu'elles doivent se décider d'après les principes généraux qui régissent les obligations. Il faut distinguer quel est l'objet de l'apport. L'associé peut mettre dans la société soit la propriété des choses qu'il apporte, soit la jouissance seulement.

I. *De l'apport de la propriété.*

267. Quand l'associé s'oblige à apporter la propriété d'une chose dans la société, il n'a pas droit à la restitution de son apport. La chose entre dans l'actif social; chacun des associés y a un droit de copropriété, pendant la durée de la société et, à la dissolution, le fonds commun se partage. Le droit de l'associé qui a fait l'apport ne diffère point du droit des autres associés; il cesse d'être propriétaire et devient copropriétaire, pour sa part, d'une chose commune (n° 245); et, lors du partage, il prend sa part dans cette chose comme dans toutes celles qui composent l'actif social. Dans cette hypothèse, il ne peut être question de la reprise des apports; l'associé est débiteur envers la société de la propriété de la chose et, étant débiteur, il ne saurait être créancier (art. 1845); la société n'a donc aucune obligation, de ce chef, envers l'associé(1).

268. Si la chose vient à périr, qui supportera la perte? Pothier répond : « Lorsque la chose que l'associé a promis d'apporter est un corps certain et déterminé, et qu'elle vienne à périr sans la faute de l'associé et avant qu'il ait été constitué en demeure de la livrer, il est quitte de son obligation, comme s'il l'avait apportée. » C'est dire que la chose périt pour la société; ce qui n'empêchera pas l'associé d'exercer ses droits, soit pendant la durée de la société, soit à sa dissolution. Pothier ajoute que cela est conforme aux principes qui régissent la dette d'un corps certain : la chose due est aux risques du créancier, et le débiteur est libéré lorsqu'elle périt sans sa faute et avant

(1) Pont, p. 257, n° 365.

qu'il ait été mis en demeure de la livrer. Il est libéré en ce sens qu'il a rempli son obligation en conservant la chose avec les soins d'un bon père de famille. Ayant rempli son obligation, l'associé peut exercer les droits qui lui appartiennent en vertu du contrat de société, de même que le vendeur peut demander le prix de la chose lorsqu'elle a péri par cas fortuit avant la livraison (1).

Les principes que Pothier applique à la société sont aussi ceux du code civil (art. 1138 et 1302). Reste à savoir si le législateur y a dérogé, au titre de la *Société*. A première vue l'article 1867 semble consacrer une dérogation aux principes généraux sur les risques; le premier alinéa porte : « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés. » Le troisième alinéa ajoute : « Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. » Quel est le sens du premier alinéa? Il semble prévoir l'hypothèse de Pothier : l'associé promet d'apporter un corps certain; la chose vient à périr sans sa faute, avant qu'il ait *payé*, c'est-à-dire livré la chose, ou, comme dit l'article 1867, avant qu'il ait *effectué la mise*. Pothier décide que la chose périt pour la société; ce qui implique que la société subsiste et que l'associé y conserve tous ses droits. L'article 1867 dit que la société est dissoute, ce qui implique que l'associé est sans droit; donc la chose périt pour l'associé (2).

Nous ne croyons pas que tel soit le sens du premier alinéa de l'article 1867. Si on l'interprétait ainsi, on le mettrait en opposition avec les principes généraux de droit, sans qu'il y ait aucune raison de cette dérogation. Quand l'associé promet l'apport d'un corps certain, la société est créancière, de même que l'acheteur; donc elle doit supporter les risques, de même que l'acheteur les supporte. Il y a plus; si l'on admettait que le premier alinéa déroge au principe des risques, cet alinéa serait en oppo-

(1) Pothier. *De la société*, n° 110.
(2) Buguet sur Pothier, t. IV, p. 281, note 2.

sition avec le troisième. Cette dernière disposition prévoit le cas d'un apport de propriété ; et elle décide que du moment où la propriété est transportée à la société, la perte est à ses risques. Or, la propriété est acquise à la société par le seul fait de la promesse d'apport avant toute tradition. Ainsi, dès que le contrat de société est parfait par le concours de consentement, la chose est aux risques de la société, d'après le troisième alinéa; il est donc impossible que la chose soit aux risques de l'associé en vertu du premier alinéa.

Nous concluons que le premier alinéa de l'article 1867 ne peut pas avoir le sens qu'il paraît avoir. Pour en déterminer la signification, il faut le rapprocher du troisième alinéa. Celui-ci prévoit le cas où la propriété est transférée à la société ; le premier doit donc prévoir le cas où la propriété n'est pas transférée; l'associé reste propriétaire et la chose vient à périr pendant qu'il est encore propriétaire; c'est ce que la loi entend par ces mots : *avant que la mise soit effectuée*. La mise n'est pas effectuée, puisqu'elle consistait dans la *mise en commun de la propriété de la chose;* la mise ne peut même plus être effectuée, puisque la chose a péri. Il en résulte que l'associé est sans mise ; voilà pourquoi la société est dissoute, car il ne peut pas y avoir de société lorsque l'un des associés n'a point de mise. A quels cas s'applique le premier alinéa ainsi interprété? Aux cas où, en vertu de la volonté des parties contractantes, la propriété ne se transfère pas lors du contrat; ce qui peut avoir lieu 1° lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun une chose déterminée dont il n'est pas encore propriétaire, et que cette chose vienne à périr avant que l'associé en ait acquis la propriété; l'associé est, dans ce cas, sans mise, ce qui entraîne la dissolution de la société ; 2° lorsque la condition sous laquelle l'un des associés a promis d'apporter une chose dans la société ne se réalise que postérieurement à la perte de la chose ; dans ce cas encore, l'associé est sans mise ; 3° lorsque la société a été contractée sous une condition et que la chose promise par l'un des associés périt avant l'accomplissement de la condition ; 4° lorsque les

parties ont stipulé que la société ne commencerait qu'à une certaine époque et que la chose promise vienne à périr avant l'arrivée du terme (1).

Cette interprétation est généralement admise (2). Elle trouve un appui dans les observations du Tribunat, qui a proposé la rédaction actuelle de l'article 1867 : « Lorsque la chose, dont l'un des associés a *promis* de mettre en commun la propriété même, vient à périr avant que la mise en commun en soit effectuée, la perte de cette chose doit sans doute opérer la dissolution de la société, *cet associé se trouvant réduit à l'impossibilité de réaliser sa mise*. » Ce motif est décisif; il ne s'applique pas au cas de la simple promesse d'apport d'un corps certain, puisque dans ce cas la réalisation de la mise n'est certes pas impossible, attendu que la mise est réalisée par l'effet du contrat. Le Tribunat continue : « Mais si la chose dont la propriété même est mise en commun ne vient à périr qu'après avoir été effectivement apportée à la société, la perte en tombe alors sur la société qui en est demeurée propriétaire. » Cela s'applique, à la lettre, à l'hypothèse de Pothier, puisque, dans notre droit moderne, la propriété est transmise par l'effet seul de la promesse. Les cas où elle ne l'est pas sont des exceptions, et des exceptions qui n'appartiennent qu'à la théorie, la vie réelle les ignore. C'est pour cela que nous n'insistons pas sur la confusion que l'on peut reprocher au Tribunat, au code et aux auteurs; tous confondent la question des risques avec la question de la translation de la propriété; nous avons établi les vrais principes ailleurs (t. XVI, n° 208).

269. Pothier dit que les questions qui s'élèvent sur la perte de la chose ne se présentent pas lorsque l'apport consiste en une somme d'argent ou en une quantité de choses fongibles, ou en des corps indéterminés, parce que

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 568, note 5, § 384. On cite encore comme exemple le cas où l'associé a ajourné la translation de la propriété (Duvergier, p. 518, n° 423; Pont, p. 269, n° 379). A notre avis, le risque est, dans ce cas, pour le créancier, c'est-à-dire pour la société (t. XVI, p. 272, n° 212).

(2) Voyez les auteurs cités par Pont, p. 267, note 2, et, en sens contraire, les auteurs cités, *ibid.*, note 3.

les choses indéterminées ne périssent point. Nous avons dit, au titre des *Obligations,* que le débiteur supporte les risques quand l'obligation a pour objet des choses indéterminées ; et si ces choses font l'objet d'un contrat translatif de propriété, la transmission de la propriété ne s'opère que lorsque les choses sont déterminées, ce qui se fait d'ordinaire par la tradition. De là suit que l'associé supporte toujours les risques, en ce sens qu'il doit réaliser sa mise, quand même les choses qu'il avait destinées à l'effectuer viendraient à périr. Si la perte arrive après que la mise est effectuée, elle est pour le compte de la société ; c'est le cas d'appliquer le principe que la chose périt pour le propriétaire (1).

II. *De l'apport de jouissance.*

270. Si l'apport a pour objet la jouissance de la chose, l'associé conserve la propriété et la société use et jouit de la chose. Le droit de la société cesse à sa dissolution ; à ce moment l'associé reprend tous ses droits, il peut donc réclamer la restitution de son apport. La société est débitrice d'un corps certain ; on lui applique, par conséquent, les principes qui régissent la dette d'une chose déterminée : elle est libérée par le cas fortuit, sauf à prouver le cas fortuit qu'elle allègue. Nous avons exposé les principes, au titre des *Obligations*. L'article 1851 les applique à la société : « Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont des corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire. » Elles sont à ses risques, comme l'explique Pothier, en ce sens que si elles ont été détériorées sans la faute des associés, il les reprendra dans l'état où elles se trouvent, et si elles étaient entièrement péries, la société serait déchargée envers lui de l'obligation de les lui restituer. Si les choses avaient péri ou si elles s'étaient détériorées par la faute des associés, la société serait tenue d'indemniser l'associé, non en vertu

(1) Pothier, *De la société,* n° 112. Duranton, t. XVII, p. 399, n° 396. Duvergier, p. 520, n° 425, p. 190, n^os^ 147-149. Pont, p. 284, n^os^ 403-406.

des articles 1382 et suivants, comme on le dit, mais en vertu de l'article 1137, car la responsabilité dérive d'une faute contractuelle et non d'un délit ou d'un quasi-délit (1). La différence est grande, comme nous l'avons dit ailleurs.

271. « La société est dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé » (art. 1867). Pothier en donne la raison. Il est de l'essence de la société que chacun des associés y contribue, c'est-à-dire ait une mise ; il ne peut donc plus y avoir de société lorsque l'un des associés n'a plus rien de quoi y contribuer ; or, si la chose dont il a promis la jouissance à la société périt, il n'a plus de mise, car il a promis une jouissance successive pendant toute la durée de la société ; dès que cette jouissance devient impossible par la perte de la chose, il n'a plus de mise, ce qui entraîne la dissolution de la société. En ce sens encore, on peut dire que la chose est aux risques de l'associé, puisque la perte rompt la société et prive, par conséquent, l'associé des bénéfices qu'il en pouvait attendre (2).

L'article 1867 dit que la société est dissoute, *dans tous les cas*, à la différence de l'hypothèse prévue par le premier et le troisième alinéa de l'article ; lorsque l'apport a pour objet la propriété de la chose, la société est dissoute par la perte de la chose ou elle ne l'est pas, suivant que la propriété reste à l'associé, jusqu'à ce que la mise soit effectuée ou qu'elle est transmise à la société par l'effet du contrat (n° 267). C'est l'explication donnée par le rapporteur du Tribunat : « Si ce n'est point la propriété même, mais seulement la jouissance, l'usage ou les fruits de leur chose que les associés ont mis en commun, il n'y a société que pour cette jouissance et pour les fruits ; il n'y a pas lieu, en ce cas, de distinguer le moment où la chose vient à périr. Qu'elle ait ou qu'elle n'ait pas encore été apportée, l'association n'ayant pour objet qu'une jouissance ou des fruits, dès que la chose n'existe plus, qu'il n'y a plus de

(1) Pothier, *De la société*, n° 126. Comparez Pont, p. 272, n° 384.
(2) Pothier, *De la société*, n° 141.

jouissance possible, plus de fruits à recueillir, conséquemment plus de mise en société de la part de l'un des associés, il est évident que la chose périt pour celui à qui elle appartient, et que, dans les deux cas, il n'existe plus de société (1). » Boutteville explique ensuite pourquoi il faut distinguer deux cas lorsque c'est la propriété même de la chose qui a été ou qui a dû être mise en commun; nous renvoyons à ce qui vient d'être dit (n° 268).

272. Quand la loi parle de l'apport de jouissance, elle suppose que la société, de même que le preneur, n'a qu'un simple droit de créance sur les fruits. Elle ne prévoit pas le cas où l'associé a mis l'usufruit de la chose dans la société, parce que cela arrivera rarement. On applique, dans ce cas, les principes que la loi établit pour l'apport de la propriété. Il y a même motif de décider. L'usufruit est un droit réel, de même que la propriété; il se transmet par le seul effet de la convention, sauf les cas où les parties en auraient ajourné la transmission. La mise de l'associé s'effectue donc immédiatement. Par suite, si la chose vient à périr, la société ne sera pas dissoute, car l'associé n'est point sans mise; il n'a pas promis une jouissance successive à la société, il a promis un usufruit, et il a rempli son obligation. En ce sens, la perte est pour la société, qui perd la jouissance, tout en restant obligée envers l'associé; celui-ci prendra part aux bénéfices, quoique la société n'ait plus la jouissance de la chose. Mais la société ne sera pas tenue d'indemniser l'associé de la perte de la chose, puisque l'on suppose que la chose a péri par cas fortuit. Il va sans dire que si la chose avait péri par la faute des associés, ils en seraient responsables (2).

273. Les principes qui régissent l'apport de jouissance reçoivent exception dans les trois cas prévus par l'article 1851. Quand les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société se consomment par l'usage, elles sont aux risques de la société. Il y a, dans ce cas,

(1) Boutteville, Rapport, n° 20 (Locré, t. VII, p. 251). Pont, p. 274, n^os^ 385-387.

(2) Pont, p. 271, n^os^ 381-384. En sens contraire, Duvergier, p. 520, n° 426.

transport de propriété, quoique l'associé n'ait promis que la jouissance; en effet, la société ne peut jouir des choses qu'en les consommant, et le propriétaire seul a le droit de consommer la chose; donc la société devient nécessairement propriétaire, et, devenant propriétaire, c'est elle qui supporte les risques. Si les choses périssent avant qu'elles aient été consommées, la perte est pour la société. La société ne sera pas dissoute, puisque la mise de l'associé a été effectuée; l'associé aura donc droit à sa part dans les bénéfices et, de plus, il pourra réclamer, lors de la dissolution, des choses de même quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, s'il y a lieu (art. 587); car il n'a fait qu'un apport de jouissance, il a donc droit à la restitution du capital(art. 1851, 1867). Cette restitution se fait comme en matière d'usufruit, la société qui a le droit de consommer les choses étant, en réalité, quasi-usufruitière (1).

274. L'article 1851 met sur la même ligne que les choses consomptibles celles qui se détériorent en les gardant; elles sont également aux risques de la société. En quel sens faut-il entendre cette assimilation? Si les choses sont aux risques de la société, quoique l'associé n'en ait apporté que la jouissance, la raison en doit être que la société en est devenue propriétaire. La loi suppose que telle est l'intention des parties contractantes : quoique ces choses ne se consomment pas par l'usage qu'on en fait, elles se détruisent insensiblement, en ce sens qu'après un certain laps de temps elles perdent toute valeur; c'est donc comme si elles n'existaient plus. Or, on ne peut pas admettre que l'associé qui promet seulement la jouissance de ces choses ait voulu les reprendre, à la dissolution de la société, dans l'état de détérioration ou de destruction où elles se trouvent. Quand donc l'article 1851 dit que ces choses sont aux risques de la société, il entend non-seulement que la société répond de la perte totale, mais aussi que la détérioration est pour son compte : l'associé ne reprend pas les choses en nature, il est créan-

(1) Delvincourt, t. III, note 4 de la page 125, et tous les auteurs.

cier de la valeur. C'est une conséquence du transport de propriété (1).

Quelle est la valeur que l'associé reprend? est-ce la valeur à l'époque où la mise est effectuée? ou est-ce la valeur à l'époque de la dissolution de la société? Si l'on admet qu'il y a transport de propriété, il faut décider que l'associé devient créancier de la valeur au moment où il transfère la propriété; c'est une espèce de vente, comme dans le cas où les choses sont livrées à la société sur estimation. Aussi Pothier dit-il que l'associé est créancier, non des choses mêmes, mais de l'estimation qui en a été faite (2); il suppose que régulièrement les choses seront estimées; si elles ne le sont pas, le principe reste le même, il y aura toujours transport de la propriété, et, par suite, la société sera constituée débitrice de la valeur.

Le principe établi par l'article 1851 conduit encore à une autre conséquence. Il se peut qu'à la dissolution de la société les choses ne soient pas détériorées et qu'elles aient même augmenté de valeur. On demande si l'associé peut les reprendre en nature. La négative nous paraît certaine. En effet, la société est devenue propriétaire, elle est débitrice de la valeur; l'associé n'a qu'une créance, il a perdu tout droit sur la chose : cela est décisif (3).

275. L'article 1851 dit, en troisième lieu, que les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont aux risques de la société si elles sont destinées á être vendues. Dans ce cas, la translation de la propriété est certaine; pour que la société puisse vendre, elle doit être propriétaire; et, par suite, les choses sont à ses risques. L'associé, n'ayant fait qu'un apport de jouissance, a droit à la valeur des choses dont la société acquiert la propriété; cette valeur est celle que les choses ont lorsque la mise en est effectuée, parce qu'il se fait une espèce de vente; l'associé est créancier de la valeur. On applique

(1) Voyez, en sens divers, Duranton, t. XVII, p. 422, nº 409; Duvergier, p. 217. nos 179 et 180; Pont, p. 277, nos 392 et 393.

(2) Pothier, *De la société*, nº 126. Pont, p. 279, nº 394, et les auteurs qu'il cite. En sens contraire, Duvergier, p. 220. nº 183.

(3) Pont, p. 280, nº 395. En sens contraire, Troplong, nº 590.

ce que nous venons de dire des choses qui se détériorent en les gardant (1).

276. Enfin les choses sont encore aux risques de la société, quoiqu'elle en ait seulement la jouissance, lorsqu'elles ont été mises dans la société sur une estimation. Nous avons dit, ailleurs, que l'estimation vaut vente quand les parties contractantes ont intérêt à ce qu'il en soit ainsi; on suppose, dans ce cas, que leur intention est de transporter la propriété des choses qui doivent être restituées par celui qui les reçoit. L'article 1851 interprète en ce sens l'estimation que font les associés des choses dont ils mettent la jouissance dans la société, sauf à eux à déclarer que l'estimation ne vaut pas vente. Comme la loi parle de *choses* en termes généraux, il faut décider qu'elle s'applique aux immeubles aussi bien qu'aux meubles. C'est une différence entre la société et le régime dotal (art. 1551 et 1552). La raison de la différence est sensible; les sociétés se forment dans un but de spéculation, il importe donc de leur donner un pouvoir étendu sur l'apport des associés; tandis que le régime dotal est essentiellement conservateur, à ce point que les fonds dotaux sont frappés d'inaliénabilité; ce qui exclut l'intention d'en transférer la propriété au mari.

Comment l'estimation doit-elle se faire? L'article 1851 suppose que l'estimation est portée par un inventaire. Tous les auteurs s'accordent à dire que ce n'est pas là une condition; elle n'aurait pas de raison d'être. Il suffit que l'estimation se fasse de commun accord, n'importe dans quelle forme; elle doit se faire de commun accord, parce que c'est sur l'intention des parties contractantes que la loi se fonde pour décider que l'estimation vaut vente (2).

Quel est le droit de l'associé? L'article 1851 répond que si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation. Il est réputé vendeur, et, à ce titre, il est créancier du prix.

(1) Duranton, t. XVII, p. 423, n° 409; Pont, p. 281, n°s 396 et 397. En sens contraire. Delvincourt, Duvergier et Troplong.

(2) Pont, p. 282, n°s 399-401, et les auteurs qu'il cite.

Nº 2. CRÉANCES DES ASSOCIÉS CONTRE LA SOCIÉTÉ.

277. « Un associé a action contre la société à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle » (art. 1852). Par exemple, dit Pothier, à raison des frais de voyages qu'il a faits pour les affaires de la société. On admet que l'associé a aussi droit à l'intérêt des sommes qu'il a déboursées pour la société. Cela n'est pas douteux quand l'associé a le pouvoir d'administrer en vertu d'un mandat exprès ou tacite; il peut invoquer, dans ce cas, l'article 2001, aux termes duquel « l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant à dater du jour des avances constatées. Si l'associé n'est pas administrateur, il agit comme gérant d'affaires quand il fait des déboursés pour le compte de la société : le gérant peut-il invoquer l'article 2001? Nous avons examiné la question ailleurs (1).

L'associé a même droit aux intérêts des intérêts s'il a dû les payer pour se procurer les fonds dont il a fait l'avance au profit de la société. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où l'associé avait fait un emprunt au moyen de comptes courants arrêtés tous les six mois, avec capitalisation des intérêts. On objectait l'article 1154, qui n'autorise l'anatocisme que sous les conditions très-rigoureuses qu'il établit. La cour répond que cette disposition est hors de cause, le litige devant être décidé par l'article 1852; or, il était constaté par l'arrêt attaqué que l'associé ne réclamait que le remboursement des intérêts qu'il avait été obligé lui-même de payer à ses bailleurs de fonds; il s'agissait donc, non d'anatocisme, mais d'avances (2).

278. L'associé a encore action contre la société à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société (art. 1852). On suppose que l'associé a traité en son nom; il est donc personnellement obligé envers le tiers; mais, comme il a agi pour le compte de la société, il peut, s'il est poursuivi, mettre ses coassociés en cause; et s'il a payé, il peut répéter. La loi y

(1) Pont, p. 288, nº 413.
(2) Rejet, 24 mars 1869 (Dalloz, 1870, 1, 105).

met une condition, c'est que l'obligation ait été contractée de bonne foi. Cette condition est générale dans tous les rapports des associés entre eux, car ces rapports sont essentiellement fondés sur la bonne foi. Pothier, à qui les auteurs du code ont emprunté ces règles, donne comme exemple le cas où l'associé vend un effet de la société pour le compte de la masse; il doit être indemnisé par la société de l'obligation de garantie qu'il a contractée envers l'acheteur.

279. Enfin l'associé a action contre la société à raison des risques inséparables de sa gestion (art. 1852). La loi est restrictive; l'associé n'a pas action pour tous les risques qu'il court, il faut que ces risques soient inséparables de sa gestion et qu'il ne les ait courus que pour les affaires de la société. C'est l'explication de Pothier; dans ce cas, dit-il, la société devant avoir tout le profit qui résulte de la gestion, il est équitable qu'elle supporte tous les risques. Pothier en conclut que si un associé est dépouillé par des voleurs, il a droit à une indemnité pour les sommes qu'il avait sur lui et dont il ne pouvait se passer, mais que la société ne doit pas porter le risque du superflu (1).

280. Comment l'associé exerce-t-il les actions qu'il a contre la société? Dans notre opinion, la société n'est pas un être moral, une personne dite civile; ce n'est donc pas contre la société que l'associé agit, c'est contre les associés. Telle est aussi la tradition. Pothier dit que si la société est débitrice envers l'un des associés, chacun des associés n'est tenu envers lui que de la part qu'il a en la société. La dette se divise donc entre les associés. Sur ce point, il y a quelque doute.

La règle est que lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, la dette se divise entre eux, à moins que la dette ne soit indivisible ou solidaire. Il ne peut être question d'indivisibilité, puisqu'il s'agit de dettes d'argent. Mais on a soutenu que les associés étaient tenus solidairement. La doctrine (2) et la jurisprudence se sont prononcées pour

(1) Pothier, *De la société*, nos 128 et 129.
(2) Pothier, *De la société*, no 132. Delangle, no 265. Pont, p. 295, nos 423 et 424.

l'opinion contraire. Dans un premier arrêt, la cour de cassation invoque l'article 1202, aux termes duquel la solidarité ne peut être admise que si elle est expressément stipulée par les parties ou établie par la loi; et aucune loi, dit l'arrêt, ne l'établit entre associés pour l'exécution des engagements respectifs des uns envers les autres (1). La cour ne prévoit point la véritable difficulté; elle résulte de l'article 2002, d'après lequel chacun des mandants est tenu solidairement envers le mandataire; or, les associés sont mandataires lorsque l'acte leur donne pouvoir de gérer; et, à défaut de stipulations, ils sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Il y a donc plusieurs mandants, et, partant, ils sont tenus solidairement. Dans un second arrêt, la cour de cassation applique l'article 1214, d'après lequel le co-débiteur solidaire qui paye la dette ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux (2). On considère donc l'associé qui paye une dette sociale comme étant lui-même mandant, c'est-à-dire débiteur solidaire. Cela peut se soutenir dans le cas prévu par l'article 1859, quand tous les associés ont pouvoir d'administrer. Mais si le contrat charge l'un des associés de l'administration, les autres n'ont plus le pouvoir de gérer, ils ne sont plus des mandataires; s'ils agissent pour le compte de la société, on ne peut les considérer que comme gérants d'affaires; et la loi n'établit aucune solidarité entre les maîtres dont l'affaire est gérée.

L'action des associés donne encore lieu à une autre difficulté. Si l'un des associés est insolvable, qui supportera la perte résultant de l'insolvabilité? Dans le cas où les associés sont considérés comme mandants, c'est-à-dire comme codébiteurs solidaires, on applique l'article 1214, aux termes duquel la perte qu'occasionne l'insolvabilité de l'un des codébiteurs solidaires se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement. Pothier va plus loin; il n'admet

(1) Cassation, 15 novembre 1831 (Dalloz, 1831, 1, 352).
(2) Rejet, 8 janvier 1862 (Dalloz, 1863, 1, 75). Comparez Pont, p. 296, n° 426.

pas la solidarité entre associés, et néanmoins il enseigne que la perte résultant de l'insolvabilité doit être supportée par tous les associés solvables. Il invoque l'égalité qui doit régner entre associés ; cette égalité, dit-il, ne permet point que l'associé, créancier de la société, supporte seul la perte. Cela est très-douteux ; ce serait une exception au principe qui régit les dettes divisibles, et peut-on admettre une exception sans un texte qui la consacre (1)?

§ IV. *Du règlement des parts.*

N° 1. QUAND IL Y A UNE CONVENTION.

281. La loi ne détermine la part des associés dans les bénéfices et les pertes que dans le silence du contrat (article 1853). Elle laisse, en principe, pleine liberté aux parties contractantes. C'est le droit commun ; il était inutile de le proclamer. La loi consacre implicitement le droit des associés en prohibant certaines clauses (art. 1855) ; l'exception confirme la règle. Treilhard le dit dans l'Exposé des motifs : « Les associés peuvent insérer dans leur contrat toute clause qui ne blesse ni la loi ni les bonnes mœurs, et la mesure de leurs engagements est celle dont il leur a plû de convenir. » A première vue on pourrait croire que l'égalité la plus complète doit régner entre les associés. Cela est vrai si l'on entend l'égalité proportionnelle; mais le rapporteur du Tribunat dit très-bien que rien ne serait plus contraire à la véritable égalité qu'une clause qui, malgré l'inégalité des mises, assignerait une part égale à chacun des associés. Voilà pourquoi la loi devait laisser aux parties le droit de fixer elles-mêmes la part de chacune d'elles dans les bénéfices et dans les pertes. « Il est évident, dit Boutteville, que ceux qui forment une société sont les seuls qui puissent bien connaître et justement apprécier ce que chacun d'eux y apporte en valeurs réelles, mais surtout en industrie, en zèle, en ta-

(1) En sens contraire, Pont, p. 296, n° 425, d'après Pothier, n° 132.

lents, en activité, en courage. » C'est la doctrine de Domat (1).

282. D'ordinaire les associés prévoient seulement la part dans les bénéfices. Quelle sera, dans ce cas, la part dans les pertes? Domat répond qu'elle sera réglée sur le même pied (2). C'est l'égalité proportionnelle que les associés sont censés vouloir, par cela seul qu'ils n'y ont pas dérogé; nous dirons plus loin dans quelles limites ces dérogations sont permises.

La jurisprudence a consacré la doctrine traditionnelle. Un acte de société porte que l'un des associés aura le tiers des bénéfices et l'autre les deux tiers. Il est dit que les avances et les frais seront supportés par moitié. La société s'étant trouvée en perte, les arbitres décidèrent que chacun des associés en supporterait la moitié, puisque, d'après leurs conventions, chacun d'eux devait contribuer pour moitié dans les avances. Sur l'appel, la sentence fut réformée. La cour pose en principe que l'égalité doit être proportionnelle; que, par suite, la part dans les pertes doit être la même que la part dans les bénéfices, sauf aux parties à faire des conventions contraires (3).

283. L'application du principe a soulevé une difficulté. Comment faut-il entendre la contribution aux pertes? On a soutenu que les mises des associés doivent être prélevées avant le partage des bénéfices et des pertes, et on en a conclu que lorsque les mises sont égales et que les bénéfices et les pertes se partagent inégalement, cette proportion inégale ne s'applique pas au prélèvement des mises. Dans l'espèce, l'un des associés, ayant les deux tiers dans les bénéfices, devait supporter les deux tiers des pertes. Le pourvoi ne contestait pas ce principe, mais il prétendait que, les mises étant égales, chacun des associés devait les reprendre par moitié; comme le fonds social ne suffisait point pour faire ce prélèvement, il en

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 8 (Locré, t. VII, p. 243). Boutteville, Rapport, n° 13 (Locré, p. 249). Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. VIII, sect. I, § VI.

(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, tit VIII, sect. I, n° 5, p. 89.

(3) Amiens, 27 mai 1840 (Dalloz, au mot *Société*, n° 402).

serait résulté que chacun des associés aurait repris la moitié de l'actif, et la clause des parts inégales serait restée sans application. La cour de cassation a confirmé l'interprétation contraire, admise par l'arrêt attaqué (1). C'est certes l'interprétation la plus naturelle. Il n'est pas exact de dire que les associés prélèvent leurs mises ; leurs apports entrent dans l'actif social, qui doit être partagé lors de la dissolution de la société ; il y a donc lieu, non à *prélever* les mises, mais à les *partager*. Or, le partage se fait inégalement si telle est la convention des parties. Si la masse ne suffit pas pour que chacun des associés reprenne ses apports intégralement, il y a perte, et la perte se partage dans la proportion inégale convenue par les associés ; donc, dans l'espèce, l'un des associés n'avait droit qu'au tiers de ce qui restait dans la masse et l'autre prenait les deux tiers. Nous disons que tel est le sens naturel de la clause, sauf aux parties à faire des conventions contraires. En effet, il n'y a réellement perte que lorsque l'actif ne suffit point pour la reprise des apports ; donc c'est surtout à cette hypothèse que l'on doit appliquer la clause relative au partage des pertes. En d'autres termes, la perte, c'est le déficit qui se trouve sur le capital social tel qu'il est constitué par l'acte de société. Lorsqu'il y a un excédant sur le fonds primitif, il y a bénéfice, quelles que soient les pertes que la société a faites (2).

284. Le même principe doit recevoir son application au cas où les mises sont inégales et où il a été convenu que les bénéfices et les pertes se partageraient par portions inégales. Il se trouve que les apports sont complétement absorbés par les pertes ; quoique les mises soient inégales, les pertes se partageront entre les associés, de sorte que l'associé dont la mise est plus forte perdra tout son apport. Voici l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation. Une société se forme, pour le commerce des tissus de laine, entre deux personnes. L'une y met 30,000 francs et l'autre 20,000 ; il est stipulé que les bé-

(1) Cassation, 11 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 1, 9).
(2) Duvergier, *De la société*, p. 27, n° 15 et p. 258, n° 220.

néfices et les pertes seront partagés par moitié entre les deux associés. Après quelques années, le fonds social fut absorbé; il fallut liquider. L'associé dont l'apport excédait de 10,000 francs celui de l'autre prétendit que, les mises étant perdues, il avait droit de répéter contre son coassocié une somme de 5,000 francs, puisque les pertes devaient être supportées par moitié. Accueillie par les arbitres, la demande fut repoussée par la cour de Paris, et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet fondé sur les circonstances de la cause. La convention, dit la cour de cassation, n'autorisait pas l'associé qui avait fait la mise la plus forte à répéter l'excédant, dans le cas où les apports seraient complétement perdus; elle en conclut que l'arrêt attaqué n'avait fait qu'apprécier et appliquer les conventions des parties. On a critiqué, et avec raison, les motifs de décider. Le pourvoi invoquait un principe de droit; il soutenait que chaque associé avait le droit de prélever son apport à la dissolution de la société; et il en concluait que la clause du partage égal des pertes était étrangère aux mises, lesquelles étant inégales, la perte, de ce chef, devait être supportée proportionnellement. C'était une erreur que la cour aurait dû répudier. Les apports ne se prélèvent pas, ils se confondent dans une masse commune appartenant aux deux associés dans la proportion stipulée pour le partage des bénéfice, c'est-à-dire pour moitié. Ainsi les 50,000 francs, montant des apports, auraient été partagés par moitié si le fonds social était resté intact; l'associé qui avait apporté 30,000 fr. n'aurait eu droit qu'à 25,000; c'est aussi cette somme de 25,000 francs que chacun d'eux perd quand le fonds social est perdu. Si l'un perd plus que l'autre, à raison de l'inégalité des mises, c'est une conséquence logique du partage égal des pertes, et la perte consiste dans les apports qui constituent le fonds social (1).

(1) Rejet, chambre civile, 27 mars 1861 (Dalloz, 1861, 1, 161). Pont, p. 327, nº 460.

N° 2. DES CLAUSES PROHIBÉES.

I. *Prohibition concernant les bénéfices.*

285. « La convention qui donne à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle » (art. 1855). Pothier explique les motifs de cette prohibition : « Il est de l'essence du contrat de société que les parties se proposent, par le contrat, de faire un gain ou profit dans lequel chacun des associés puisse espérer d'avoir part à raison de ce qu'il apporte à la société. C'est pourquoi si, par le contrat d'une prétendue société, il était convenu que le profit appartiendrait en entier à l'une des parties contractantes, sans que l'autre y pût prétendre de part en aucun cas, une telle convention ne serait pas un contrat de société, et elle serait nulle comme manifestement injuste. Les jurisconsultes romains ont donné à cette espèce de convention le nom de *société léonine*, par allusion à la fable du lion qui, ayant fait une société avec d'autres animaux pour aller à la chasse, s'empara seul de toute la proie (1). » Ce serait la convention de la force avec la faiblesse; or, la violence, dit le rapporteur du Tribunat, ne produit jamais de véritables droits.

286. La prohibition de la société léonine est absolue. Quand même l'associé exclu des bénéfices serait aussi déchargé des pertes, la convention serait nulle; la clause concernant les pertes ne corrige pas ce qu'il y a de vicieux dans la clause relative aux bénéfices; il est toujours vrai de dire que la convention viole l'essence de la société, puisqu'elle n'est pas contractée pour l'intérêt commun des parties (art. 1833). Il y a plus : la clause concernant les pertes serait un nouveau vice, puisque la loi défend aussi (art. 1855, 2e alinéa) d'affranchir l'un des associés de toute contribution aux pertes (2).

287. La loi prohibe la clause qui donne à l'un des associés la *totalité* des bénéfices. Elle ne défend pas de

(1) Pothier, *De la société*, n° 12. Boutteville, Rapport, n° 16 (Locré, t. VII, p. 250).
(2) Pont, p. 306, n° 438, et tous les auteurs.

répartir les bénéfices d'une manière inégale. Cette inégalité peut avoir sa raison d'être ; mais quand même elle ne serait pas justifiée par les services que rend à la société celui qui a une part plus grande dans les bénéfices, la convention serait néanmoins valable, par cela seul qu'elle n'est pas prohibée, car tout ce que la loi ne défend pas, est permis. L'avantage résultant du partage inégal des bénéfices constituerait, dans ce cas, ou une lésion au préjudice de celui qui aurait une part moindre, et la lésion ne vicie pas, en général, les conventions (art. 1118), ou une libéralité au profit de l'associé qui aurait une part plus grande ; dans ce dernier cas on appliquerait les principes qui régissent les libéralités indirectes (art. 854) (1).

Toutefois il y a une limite à la liberté des parties contractantes ; elles ne peuvent pas éluder les prohibitions de la loi, car il n'est pas permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. Si la convention attribue à l'un des associés une part si minime dans les bénéfices, qu'elle est illusoire, eu égard à sa mise, on ne peut pas dire que la société soit contractée dans l'intérêt commun des parties ; en accordant à l'un des associés une part nominale, les associés ont voulu éluder la prohibition de l'article 1855 ; les tribunaux pourront, en ce cas, annuler la société, non pour vice de lésion, mais comme faite en fraude de la loi (2).

288. Pothier ajoute une restriction qu'il emprunte à une loi romaine. Il n'est pas nécessaire, dit-il, que chacune des parties contractantes doive avoir, en quelque cas que ce soit, une part dans le profit de la société ; il suffit qu'elle puisse espérer d'y avoir part. Je contracte société pour la vente de mes pierres précieuses, avec cette clause que mon associé, chargé de les vendre, aura pour sa part dans le bénéfice ce qui excédera la somme de 10,000 francs, de sorte qu'il n'aura rien si le prix ne

(1) Duranton, t. XVII, p. 423, nº 422. Treilhard dit d'une manière trop absolue que la différence dans la répartition des bénéfices doit être fondée sur une cause légitime. Exposé des motifs (Locré, t. VII, p. 243). Comparez Pont, p. 309, nº 440.

(2) Aubry et Rau, t. IV. p. 545, et note 11, § 377.

dépasse pas ladite somme. Les auteurs modernes admettent cette réserve : Ce n'est pas, disent-ils, la clause que la loi réprouve ; ce qu'elle prohibe, c'est l'attribution certaine de tous les bénéfices à l'une des parties ; or, dans l'espèce, le vendeur a une part éventuelle dans les bénéfices (1). Cela nous paraît douteux. Quand la loi dit que toute société doit être contractée pour l'intérêt commun des parties, elle entend que chacune d'elles ait une part dans les bénéfices, non pas une part éventuelle, mais une part certaine. Dans la convention supposée par Pothier, l'associé vendeur peut n'avoir aucune part, quoiqu'il y ait mis sa peine et ses soins ; ce n'est pas là une société.

Les conséquences auxquelles conduit l'opinion que nous combattons augmentent nos doutes. On enseigne que la convention peut accorder tous les bénéfices au survivant des associés, et même les apports. La chance aléatoire que chaque associé a d'obtenir tous les bénéfices suffit, dit-on, pour que la convention soit faite dans l'intérêt commun des associés. C'est toujours la même difficulté : la chance du bénéfice suffit-elle? L'article 1855 ne dit pas cela ; il veut que chaque associé ait une part dans les bénéfices, et une part est quelque chose de positif, de réel. Si la convention peut aboutir à ce résultat, que l'un des associés ait tout le bénéfice et que l'autre n'ait rien, l'intérêt n'est plus commun (2).

Ces clauses sont de style dans les associations frauduleuses qui se font pour reconstituer les couvents et la mainmorte. C'est une raison de plus, à nos yeux, pour en contester la validité. Nous avons dit plus haut que la jurisprudence a déclaré ces prétendues sociétés radicalement nulles (n^os^ 197 et 198) ; la clause qui attribue au survivant la totalité du fonds social a été considérée comme une des preuves de la fraude ; en effet, on ne contracte guère des sociétés véritables sous des conditions pareilles ; ceux qui s'associent sérieusement recherchent un bénéfice certain, et non une chance qui pourrait même les dépouil-

(1) Pothier, *De la société*, n° 13. Pont, p. 310, n° 441.
(2) Duvergier, p. 316, n° 268. Comparez, en sens contraire, Pont, p. 310, n^os^ 442 et 443.

ler de ce qu'ils mettent dans la société. Il est bon que la doctrine réprouve des combinaisons qui prêtent à la fraude.

289. On a contesté la validité de la convention suivante. Une société est contractée entre un fabricant et un ouvrier qui apporte son industrie ; il est stipulé que celui-ci sera nourri, logé et blanchi dans la maison, et que, pour son emploi dans les affaires, il recevra, en outre, 1,200 francs par an, ou le quart des bénéfices à son choix. La société ayant fait de grands profits en 1830, l'associé industriel déclara opter pour le quart des gains. On soutint, pour le fabricant, que la convention était léonine. Si la société avait éprouvé des pertes, disait-on, l'ouvrier aurait opté pour la somme fixe de 1,200 francs ; il aurait donc eu tout le profit et le fabricant aurait subi toute la perte. La cour de cassation rejeta cette interprétation, par le motif que la convention accordait seulement une option à l'associé industriel entre un bénéfice fixe et un bénéfice variable ; une pareille clause n'entre pas dans la prohibition de l'article 1855, donc elle est licite. Quand même la clause aurait eu pour effet possible de décharger des pertes l'associé qui faisait un apport en industrie, la clause n'aurait pas été viciée de ce chef, puisque l'on admet que l'associé industriel peut valablement stipuler qu'il ne sera pas tenu des pertes. Nous allons revenir sur ce point (1).

II. *Prohibition concernant les pertes.*

290. L'article 1855 déclare encore nulle « la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés. » Cette disposition déroge à l'ancien droit ; la convention qui affranchit l'un des associés de toute perte y était considérée comme valable. Pothier la justifie par des considérations de justice et d'équité : « Toutes les fois que l'un des associés apporte

(1) Rejet, 7 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Société*, n° 421).

en son particulier quelque avantage à la société, on peut, pour l'en récompenser, convenir qu'il sera déchargé pour partie, ou même pour le total, de la perte que ferait la société. Cette clause est équitable si le prix du risque de la perte est égal au prix de l'avantage par lui apporté à la société. » Domat explique en quoi peut consister l'avantage particulier que l'associé apporte à la société, avantage en considération duquel on l'affranchit de toute contribution aux pertes. C'est l'utilité de son crédit, de son industrie, des peines qu'il prend, des voyages qu'il fait, des périls où il s'expose ; ces avantages que retire de lui la société compensent celui qu'elle lui accorde de le décharger des pertes, et il a pu justement ne s'engager qu'à cette condition, sans laquelle il ne serait point entré dans la société, qui peut-être ne se serait point formée sans lui (1). Si la convention était considérée comme licite et équitable dans l'ancien droit, pourquoi le code l'a-t-il prohibée? On n'en donne d'autre raison que la crainte de l'usure (2). Les auteurs n'ont pas réfléchi que, d'après le code civil, l'intérêt conventionnel pouvait dépasser l'intérêt légal (art. 1907) et que la prohibition d'un intérêt supérieur ne date que de la loi du 3 septembre 1807. En mettant la clause qui affranchit l'un des associés de toute perte, sur la même ligne que la clause qui attribue à l'un d'eux tous les bénéfices, le législateur semble considérer l'une et l'autre comme contraires à l'essence de la société (3). En effet, l'on peut dire que si chacun des associés doit avoir une part dans les bénéfices, il est juste aussi que chacun d'eux supporte une part dans les pertes. Si l'apport de l'un d'eux est plus considérable, ce n'est pas une raison pour le décharger de toute contribution aux pertes, c'est une raison pour augmenter sa part dans les bénéfices, sauf à modifier sa part dans les pertes ; car

(1) Pothier, *De la société*, nos 20 et 75. Domat, *Lois civiles*, liv. I. tit. VIII, sect. I, no 9, p. 90.

(2) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 358, no 893. Pont, p. 320, no 451, d'après Delvincourt, t. III, p. 122, note 4.

(3) L'orateur du Tribunat appelle la convention du 2e alinéa de l'article 1855 une société léonine (Locré, t. VII, p. 256, no 19).

la proportion entre ces parts ne doit pas être absolue, comme nous le dirons plus loin.

291. La clause prohibitive de l'article 1855 étant une exception au principe de la liberté des conventions, on doit l'interpréter restrictivement. Aux termes de la loi, la prohibition ne porte que sur la stipulation qui affranchit de toute contribution aux pertes les *sommes* ou *effets* que l'un des associés met dans le fonds de la société. Ces expressions ne reçoivent pas d'application à l'apport de l'industrie; il en résulte que l'associé industriel peut être déchargé de toute contribution aux pertes. C'est en ce sens que l'orateur du Tribunat explique la loi : « S'il se trouvait quelque associé dont la mise fût uniquement en industrie, il pourrait être convenu de l'exempter des pertes; cette exemption serait considérée, à son égard, comme une partie du prix qu'on aurait mis à ses travaux (1). » On voit que l'explication rentre dans celle que Domat donnait du principe de l'ancien droit (n° 290); l'exception concernant l'associé industriel diminue de beaucoup l'importance de la prohibition; ainsi limitée, elle se rapproche de la règle traditionnelle.

292. En quel sens l'associé industriel peut-il être affranchi de toute contribution aux pertes? La décharge n'est pas absolue. D'abord l'industriel perd son travail, ce qui est déjà une perte considérable, puisqu'on l'a estimé si haut qu'on a affranchi l'associé des pertes à raison de l'importance que son industrie avait pour la société. L'associé contribue encore aux pertes en ce sens que s'il y a des opérations désavantageuses qui diminuent le bénéfice, il ne peut pas invoquer la clause pour se mettre à l'abri de ces pertes partielles; car, tant qu'il reste un bénéfice, la clause qui décharge l'associé de la contribution aux pertes ne reçoit pas d'application; il n'y a de perte dans le sens légal que lorsqu'il y a déficit, le fonds social ne suffisant pas pour payer les dettes (2).

Du principe que la prohibition de l'article 1855 est de

(1) Gillet. Discours, n° 19 (Locré, t. VII, p. 256).
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 358, n° 893. Pont, p. 321, n° 453.

stricte interprétation suit encore que la clause qui dispense un associé de contribuer aux pertes au delà de sa mise est valable : elle est valable par cela seul qu'elle n'est pas prohibée. Il a été jugé que l'un des associés peut être affranchi de toute contribution aux dettes dépassant l'actif social. La cour de Paris a encore validé la clause qui affranchit l'un des associés de toute contribution aux pertes tant qu'elles ne dépasseront pas le capital apporté par ses coassociés (1). En un mot, dès que la décharge n'est pas absolue, la convention est valable, pourvu que les parties n'aient pas voulu éluder la prohibition. Reste à savoir si les clauses qui dérogent à la contribution aux dettes peuvent être opposées aux tiers créanciers. Nous reviendrons sur ce point.

293. Pothier examine certaines clauses qui ont pour but d'affranchir l'une des parties de la contribution aux dettes. Nous devons en dire un mot, parce que la solution que donnent les auteurs français ne peut pas être admise d'après notre droit. Je fais avec un marchand une société à laquelle j'apporte une somme d'argent. Après quelques années, je vends mon droit dans la société à un marchand pour le prix de la même somme que j'ai apportée à la société, sous cette condition que le marchand me rendra ladite somme à la fin de la société, avec les intérêts. Cette convention serait nulle, dit Pothier, si elle avait été faite dans le temps du contrat, parce qu'on l'aurait considérée comme un prêt déguisé ; elle est valable, dans l'espèce, parce que l'intervalle qui sépare la société de la vente exclut l'idée qu'il y ait un pacte usuraire. Les auteurs modernes enseignent que la convention est toujours valable, à quelque époque qu'elle ait été faite, puisque le prêt à intérêt, défendu dans l'ancien droit comme usure, est permis d'après la loi de 1807, avec cette restriction que l'intérêt conventionnel ne dépasse pas l'intérêt légal. Cette restriction vient à tomber d'après notre droit, puisque la loi du 5 mai 1865 permet de stipuler un

(1) Paris, 15 mars 1866 et 27 juillet 1869 (Sirey, 1866, 2, 235, et 1870, 2, 47). Bruxelles, 24 novembre 1832 (*Pasicrisie*, 1832, 2, 273). Pont, p. 320, nº 452.

intérêt conventionnel supérieur à l'intérêt légal. Il faut ajouter que si la convention est un prêt à intérêt, il n'y a pas de société, et si l'un des associés vend son droit, la société est dissoute, puisqu'il n'y a aucun intérêt commun entre le prêteur et l'emprunteur, ni entre le vendeur et l'acheteur (1).

Pothier suppose encore qu'après m'être associé avec un marchand je me fais assurer, au bout de quelques années, la somme que j'ai apportée à la société, par mon associé, lequel se charge du risque des pertes moyennant une part que je lui cède dans les bénéfices. Cette convention est-elle valable? Oui, dans l'espèce, dit Pothier; c'est un contrat aléatoire qui me décharge de toute perte, mais moyennant un équivalent que reçoit mon associé. Si la convention était faite lors du contrat ou peu de temps après, elle serait nulle comme déguisant un prêt usuraire. Les auteurs français enseignent, avec raison, que cette opinion de Pothier ne peut plus être suivie, puisque, par dérogation à l'ancien droit, l'article 1855 prohibe la clause qui affranchit l'un des associés de toute contribution aux pertes. La jurisprudence est d'accord avec la doctrine (2). Mais, nulle comme société, la convention pourrait être validée comme prêt, puisque, d'après notre droit, il n'y a plus de prêt usuraire.

294. Peut-on stipuler que l'un des associés aura une part différente dans les bénéfices et dans les pertes? Cette question, très-controversée entre les jurisconsultes romains, était décidée affirmativement dans notre ancien droit. Nous citerons ce que dit Domat : « C'est un effet de l'inégalité des contributions qu'il peut être convenu entre deux associés que l'un aura plus de part au gain qu'il ne supportera de perte, et que l'autre, au contraire, portera une plus grande part de la perte que celle qu'il pourra avoir au profit; et qu'ainsi, par exemple, l'un entrera dans la société pour deux tiers de gain et un tiers de perte, et l'autre pour un tiers de gain et deux tiers de perte. » Domat donne comme motif l'inégalité de contri-

(1) Pothier, *De la société*, n° 24. Pont, p. 323, n° 456.
(2) Voyez les citations dans Pont, p. 324, n^{os} 457-459.

bution : « Comme les associés peuvent contribuer différemment, les uns plus, les autres moins de travail, d'industrie, de soin, de crédit, d'argent ou d'autre chose, il leur est libre de régler inégalement leurs portions, selon que chacun doit avoir sa condition plus ou moins avantageuse, à proportion de la différence de ce qu'ils contribuent. » Pothier suppose aussi que l'associé qui prend dans les bénéfices une part plus grande que celle qu'il supporte dans les pertes apporte un avantage à la société et que la clause a pour objet de l'en récompenser (1). Il est certain que c'est ainsi que les choses se passeront régulièrement. Néanmoins Pothier et Domat ne disent pas que ce soit là une condition de validité de la clause. La clause est valable, parce que les parties l'ont voulue, et ils ont le droit de vouloir tout ce qui n'est pas prohibé. Il en est de même sous l'empire du code civil ; l'article 1855 ne prohibe pas la convention de parts inégales dans les bénéfices et les pertes ; donc elle est licite. Ce qui confirme cette opinion, c'est que les articles 1811 et 1521 prohibent la clause dans le cheptel simple et dans la communauté ; ces exceptions supposent qu'en règle générale les parties peuvent stipuler une part différente dans les bénéfices et dans les pertes (2).

295. L'article 1855 porte que la *convention* et la *stipulation* prohibées par la loi sont nulles. On demande si la nullité de la clause entraîne la nullité de la société. L'affirmative est assez généralement enseignée. La loi considère la société contractée sous l'une des conditions prévues par l'article 1855 comme une société léonine, c'est-à-dire comme une convention viciée dans son essence ; le rapporteur du Tribunat dit que la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices ou l'affranchirait de toutes les pertes *n'est pas une société*. Le contrat est donc plus que nul, il est inexistant, la convention de la force avec la faiblesse ne pouvant produire

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. VIII, sect. I, nos 6 et 8 (p. 89 et 90). Pothier, *De la société*, n° 20.

(2) Voyez les citations dans Pont, p. 331, n° 464. Il faut ajouter Liége, 21 janvier 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 165).

aucun droit (1). Il suit de là que les parties contractantes n'ont pas besoin de demander la nullité de la société; on ne peut pas même demander la nullité du néant; la société n'a point d'existence aux yeux de la loi, elle ne produit aucun effet. Si néanmoins le contrat a été exécuté, les rapports entre associés seront réglés comme s'il n'y avait aucun contrat; en réalité, il n'y aura pas d'associés, il n'y a que des communistes. Nous dirons plus loin quels principes régissent la communauté (2).

296. L'article 1854 prévoit un cas particulier de règlement conventionnel des parts; il suppose que les parties s'en sont rapportées, sur ce point, à l'un d'eux ou à un tiers. Cette disposition, empruntée à Pothier, lequel l'a puisée dans une loi romaine, est de pure théorie, elle n'est pas dans nos mœurs. L'orateur du Tribunat dit que « cet abandon à l'*autorité d'un seul* est favorable en plusieurs occasions, où les associés ne sont que des collaborateurs choisis et protégés par le chef de la famille ou de la maison (3). » Il n'est pas dans la nature de la société que les associés s'abandonnent à l'*autorité* d'un seul, puisque l'égalité est de l'essence de ce contrat. Les auteurs ne citent pas d'exemple d'une clause pareille. Nous croyons inutile de commenter une disposition qui n'est que de l'histoire, il suffira de rapporter ce que Pothier dit; l'article 1855 reproduit textuellement ses paroles : « Quelquefois les parties ne règlent pas elles-mêmes les parts que chacun des associés aura; mais elles conviennent de s'en rapporter au règlement qui en sera fait par une certaine personne, ou même quelquefois par l'une des parties. Ce règlement ne doit pas s'entendre d'un règlement purement arbitraire, il doit être fait selon les règles de l'équité; s'il était manifestement inique, la partie lésée pourrait le faire réformer; mais, à moins que l'iniquité ne fût évidente, la présomption est pour l'équité du règlement, et l'une des parties n'est pas recevable à s'en plaindre (4). » Le code

(1) Boutteville, Rapport, n° 16 (Locré, t. VII, p. 250).
(2) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. IV, p. 545, note 9, § 377, et Pont, p. 332, n^{os} 466 et 467, et les auteurs qu'ils citent.
(3) Gillet, Discours, n° 18 (Locré, t. VII, p. 256).
(4) Pothier, *De la société*, n° 74. Pont, p. 324, n^{os} 468-478.

ajoute : « Nulle réclamation n'est admise à ce sujet s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a eu de sa part un commencement d'exécution. »

N° 3. RÈGLEMENT DES PARTS PAR LA LOI.

297. « Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société » (art. 1853). Cette disposition tranche une controverse qui existait dans l'ancien droit. Domat enseignait que si les portions de gain et de perte n'étaient pas réglées par la convention, elles seraient égales; car, dit-il, si les associés n'ont pas fait de distinction qui donne plus à l'un et moins à l'autre, leurs conditions n'étant pas distinguées, celle de chacun doit être la même que celle des autres. Pothier se prononçait pour l'égalité proportionnelle (1). Les auteurs du code ont donné la préférence à ce dernier système, qui est certainement le plus équitable, mais il donne lieu à des difficultés dans l'application. Quand la mise consiste en argent ou en choses estimées, les parts proportionnelles sont faciles à établir; mais comment calculer, après un temps plus ou moins long, la valeur des choses que l'un des associés a mises dans la société? Les auteurs ont eu recours à des présomptions; il y en a qui présument, dans le silence du contrat, que les parts sont égales. On a répondu, avec raison, qu'il n'y a pas de présomption sans loi spéciale (art. 1350); et, dans l'espèce, loin qu'il y ait une présomption d'égalité absolue, l'article veut une égalité proportionnelle; ce qui exclut la présomption que la doctrine a imaginée. Il faut donc s'en tenir au droit commun : le demandeur devra prouver le montant de la mise d'après les règles que le code établit sur les preuves (2). C'est, du reste, une diffi-

(1) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. VII, sect. I, n° 4, p. 89. Pothier, n° 73.
(2) Pont, p. 342, n^{os} 483 et 484, et les auteurs en sens divers qu'il cite.

culté de théorie; généralement les associés ont soin de régler les parts dans les bénéfices, car c'est là l'objet principal qu'ils ont en vue.

298. L'article 1853 prévoit l'une des difficultés que présente le principe des parts proportionnelles : comment évaluera-t-on la part de celui qui n'apporte que son industrie? « A l'égard de celui qui n'apporte que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté. » Cette disposition, proposée par le Tribunat, étonne au premier abord ; elle semble témoigner d'une espèce de dédain pour le travail industriel, et cependant c'est l'intelligence qui fait réussir les entreprises, de quelque nature qu'elles soient. Le rapporteur et l'orateur du Tribunat nous feront connaître la pensée des auteurs du code. Boutteville pose la question en ces termes : « Donnerons-nous la plus forte ou la plus faible des parts des autres associés à celui qui n'apporte que ses bras, sa tête et son courage, et qui néglige de faire régler la part qui lui sera accordée? » Le rapporteur répond : « Si nous lui donnons la plus forte, n'encouragerons-nous pas l'insouciance et l'oubli de la précaution la plus facile à prendre? En ne lui assignant que la plus faible, nous lui donnons le sage avertissement de ne jamais négliger de stipuler lui-même ses intérêts et de faire régler son sort. » La justification est assez étrange. Pourquoi ne pas estimer l'apport intellectuel ce qu'il vaut généralement, en l'assimilant à la mise la plus élevée, sauf aux autres associés à l'évaluer si l'industrie n'a pas cette valeur? La disposition, telle qu'elle est rédigée, ressemble à une peine. Gillet le dit : « La mise en industrie est comptée comme la moindre, parce qu'étant la plus susceptible d'estimation arbitraire, l'associé doit s'imputer à lui-même de n'en avoir pas fait d'avance stipuler le prix (1). »

299. Que l'on considère la disposition comme une présomption ou comme une peine, toujours est-il qu'elle est

(1) Boutteville, Rapport, nº 14 (Locré, t. VII, p. 250). Gillet, Discours nº 16 (Locré, p. 255).

de stricte interprétation. L'article suppose que l'associé *n'a apporté que son industrie*. Si, outre son travail, l'associé fait un apport en argent ou en effets mobiliers ou immobiliers, l'article 1855 n'est plus applicable. En cas de contestation, c'est l'associé demandeur qui devra prouver quelle est la valeur de son apport; la preuve se fera d'après le droit commun. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux (1).

300. Il se présentait une autre difficulté dans la même affaire. L'apport de l'industrie se réalise successivement; l'associé industriel n'a donc droit à sa part dans les bénéfices que s'il a fourni son travail pendant le temps prévu par la convention. Si une société contractée pour dix ans se dissolvait après cinq ans, l'associé industriel n'aurait réalisé que la moitié de sa mise, et, par conséquent, il n'aurait droit qu'à la moitié de la part que la convention lui assigne dans les bénéfices. Il en serait ainsi alors même que la société aurait été dissoute par une cause étrangère à l'associé. C'est l'application des principes qui régissent l'obligation de faire : elle n'est remplie que lorsque le fait est presté. Seulement, dans l'espèce, la prestation peut se faire par partie, puisqu'elle consiste dans un travail journalier.

§ V. *De l'administration de la société.*

301. « A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes » (art. 1859). La loi n'organise donc pas l'administration de la société, elle n'intervient que lorsque les associés ont gardé le silence, et c'est à regret et par nécessité qu'elle trace les règles qui tiendront lieu de conventions. C'est en ce sens que s'exprime le rapporteur du Tribunat. « Quant à l'administration du fonds social, dit Boutteville, comment la sagesse du législateur peut et doit-elle intervenir sur ce point? D'abord par la sage précaution d'avertir ici, comme sur toute espèce de convention, des inconvénients que le

(1) Rejet, 14 janvier 1865 (Dalloz, 1866, 1, 133).

silence des contractants ne manque jamais d'entraîner; cherchant, ensuite, à prévoir les clauses les plus usitées; enfin, à suppléer par des règles générales aux lois que les intéressés ont toujours le droit et *souvent seuls* le moyen, mais que trop souvent aussi ils négligent, de se dicter (1). » Le rapporteur aurait pu dire qu'en matière de société surtout, les parties seules ont qualité pour régler la gestion des affaires sociales. Les associés ne peuvent pas tous gérer à la fois, ce serait l'anarchie. Ils doivent donc constituer une administration. Quels seront les pouvoirs du gérant? C'est le point essentiel, et il donne lieu à un conflit d'intérêts. Les associés peuvent craindre que le gérant n'abuse de ses pouvoirs; mais s'ils les restreignent dans des limites trop étroites, l'administration, impuissante pour le mal, sera aussi impuissante pour le bien. Il faut donc une certaine latitude d'action pour la gestion des affaires sociales, et il faut des garanties pour prévenir l'abus. Il est évident que le législateur est sans qualité pour réglementer des intérêts qui varient d'une convention à l'autre. C'est aux associés d'organiser une administration qui réponde au but de la société et aux droits qu'il s'agit de sauvegarder.

N° 1. DE L'ADMINISTRATION CONFIÉE A UN MANDATAIRE.

I. *Nomination et révocation du mandataire.*

302. Qui nomme l'administrateur? La société, c'est-à-dire les associés; cela va sans dire. Nous disons les associés, parce que la société ne forme pas de corps moral distinct de ses membres; ce sont toujours les associés qui agissent. La question est de savoir s'il suffit de la majorité des voix ou s'il faut l'unanimité. Il peut se présenter deux hypothèses, aux termes de l'article 1856. D'abord une clause spéciale de l'acte de société peut charger un associé de l'administration; dans ce cas, il n'y a pas de doute; la nomination de l'administrateur est une des clauses

(1) Boutteville, Rapport, n° 17 (Locré, t. VII, p. 250).

de l'acte social, et cet acte est nécessairement l'œuvre de tous les associés. Peu importe que l'administrateur nommé soit un associé, comme la loi le suppose, ou un étranger; dans tous les cas, il reçoit sa nomination par une clause du contrat, ce qui est décisif. Si l'administrateur est nommé par un acte postérieur au contrat de société, il faut encore l'unanimité des voix; il y a de cela une raison péremptoire, c'est que la nomination d'un gérant est une dérogation au pacte social. On suppose que le contrat ne contenait aucune stipulation sur l'administration; dans ce cas, tous les associés sont administrateurs (art. 1859). Si ensuite, et pendant le cours de la société, les associés conviennent de confier l'administration à un mandataire, ils modifient leurs conventions primitives; or, le contrat ne peut être changé que du consentement de tous ceux qui l'ont formé (art. 1134) (1).

303. Le gérant est-il révocable? L'article 1856 répond à la question : « Le pouvoir de l'associé chargé de l'administration ne peut être révoqué sans cause légitime tant que la société dure; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat. » Quelle est la raison de cette différence? L'administration est toujours un mandat, et le mandat peut toujours être révoqué au gré du mandant (art. 2004). La loi applique ce principe au mandat donné postérieurement au contrat social, elle ne l'applique pas au pouvoir que l'acte de société confère à un associé. La raison en est que, dans ce dernier cas, le mandat est une clause de la convention qui constitue la société, et ces clauses ne peuvent être modifiées que du consentement unanime des associés; ceux-ci n'ont consenti à s'associer que sous la condition que la gestion fût confiée à l'un d'eux; il faudrait donc, en principe, le consentement unanime des associés et, par conséquent, du gérant pour révoquer le pouvoir qui lui a été donné. C'est dire que son pouvoir est irrévocable en principe, comme toutes les clauses du contrat social. Il n'en est pas de même du gé-

(1) Pont, *De la société*, p. 354, n° 499.

rant nommé postérieurement au contrat de société. C'est, il est vrai, une modification à l'acte social (n° 302); mais cette nouvelle convention n'est pas un nouveau contrat de société, c'est un simple mandat, comme le dit l'article 1856, donc révocable comme tel (1).

304. L'article 1856 dit que le pouvoir de l'*associé* administrateur ne peut être révoqué que pour cause légitime. Faut-il conclure de là que si l'acte de société confie l'administration à un étranger, le gérant est un simple mandataire que les mandants peuvent révoquer quand bon leur semble? On l'enseigne (2), en se fondant sur le texte de la loi. Il est vrai que l'article 1856 suppose que le gérant est un associé, mais cette supposition est-elle une condition? Cela nous paraît douteux. Les auteurs du code ont suivi Pothier, qui suppose toujours que le pouvoir d'administrer a été confié à un associé, parce que tel est le cas ordinaire. Mais cette circonstance est indifférente en ce qui concerne la nature et le caractère du pouvoir dont le gérant est investi. La clause qui nomme un administrateur fait partie du contrat social, et il faut croire que les associés ont eu une confiance particulière dans le talent et dans l'activité du gérant étranger, puisqu'ils l'ont nommé de préférence à l'un des associés. Donc cette nomination doit être irrévocable, aussi bien que les autres clauses de l'acte de société.

305. Pothier dit que le pouvoir de l'associé gérant n'est pas révocable tant que la société dure. Le code permet de le révoquer pour *cause légitime*. Il entend par là l'incapacité ou l'infidélité. En principe, tout administrateur peut être révoqué quand il existe des causes graves qui ne permettent pas de lui continuer la gestion. Les associés, en nommant un gérant par l'acte social, n'ont certes pas entendu renoncer au droit commun, ce serait se livrer à la merci d'un agent incapable ou infidèle. Mais Pothier a raison de dire que le mandat de l'associé est irrévocable, en ce sens que les mandants ne peuvent pas le révoquer ; cela ne se conçoit même pas, puisque parmi

(1) Pothier, *De la société*, n° 71.
(2) Pont, *De la société*, p. 354, n° 498.

ces mandants se trouve l'associé mandataire; il faudrait donc le concours unanime des associés, y compris le gérant, pour mettre fin au mandat; ce serait une dissolution plutôt qu'une révocation. Quand la loi parle de révocation, elle entend une destitution prononcée par le juge, elle ne l'admet que pour cause légitime; dès lors il faut que la question soit soumise au juge : les associés ne peuvent pas juger, puisqu'ils sont parties en cause. La question est cependant controversée. Il y a des auteurs qui donnent à la majorité le droit de révoquer; d'autres reconnaissent même ce droit à un seul associé. Nous croyons inutile de discuter ces opinions qui ne tiennent aucun compte de la nature de la révocation (1).

306. Comment se fait la révocation du gérant que l'article 1856 assimile à un simple mandataire? Sur ce point, il y a également des doutes (2). La majorité a-t-elle le droit de révoquer? Un seul des associés peut-il révoquer? Les auteurs sont divisés. Il est certain que dans ce cas il ne s'agit plus d'une destitution. Le gérant est révoqué comme l'est un mandataire; et, aux termes de l'article 2004, le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble. Reste à savoir qui est le mandant. Le mandat a été donné par tous les associés, puisqu'il faut leur concours unanime pour déroger au contrat social (n° 302); donc il faut aussi que tous les associés révoquent. Vainement dit-on que chaque associé est mandant, la division du mandat ne se conçoit pas; le gérant ne tient pas ses pouvoirs de chaque associé pour sa part dans la société, il est nommé par tous les associés, il faut donc que tous interviennent dans la révocation. Sauf aux associés dissidents, quand la durée de la société est illimitée, d'user du droit qui leur appartient de mettre fin à la société (art. 1869).

(1) Pothier. *De la société*, n° 71. Pont, p. 358, n° 508 et, en sens divers, les auteurs qu'il cite.

(2) Voyez, en sens divers, Pont, p. 360, n° 511, et les auteurs qu'il cite.

II. *Pouvoir de l'administrateur.*

307. Nous supposons que le contrat social garde le silence sur les pouvoirs du gérant. Appliquera-t-on, dans ce cas, les principes qui régissent les droits et les obligations de l'administrateur qui gère les affaires d'autrui? Pothier répond : « Le pouvoir de l'administrateur, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, renferme, par rapport aux biens et aux affaires de la société, ce qu'a coutume de renfermer une procuration générale qu'une personne donne à quelqu'un pour administrer ses biens; car celui des associés à qui on a donné cette administration est comme le procureur général des associés pour les biens et affaires de la société. » L'assimilation entre le gérant et le procureur général est trop absolue. Il y a des actes que le gérant peut faire, ainsi que le procureur général; ainsi le gérant a le droit de recevoir ce qui est dû à la société, il peut poursuivre les débiteurs, il peut payer ce qui est dû aux créanciers, faire marché avec les ouvriers. Pothier ajoute que le gérant peut vendre les choses dépendantes de la société qui sont destinées à être vendues, et non d'autres (1). Ici il y a une différence entre le gérant et le mandataire général. Aux termes de l'article 1988, « le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration; s'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. » Pourquoi Pothier reconnaît-il au gérant d'une société un pouvoir dont ne jouit pas le mandataire? C'est qu'il faut tenir compte du but de la société; si la société est contractée pour faire le commerce, le gérant doit nécessairement avoir le droit d'acheter et de vendre, puisque c'est en cela que consiste le commerce; en nommant un gérant, les associés lui donnent donc, par la nature même du contrat, le pouvoir de vendre les choses destinées à être vendues, quelles que soient ces choses, les immeubles aussi bien que les meubles. Il n'en est pas

(1) Pothier, *De la société*, nº 66. Pont, p. 362, nºs 515 et 516.

de même d'un mandat ordinaire; le mandant ne se propose pas de vendre, il n'a donc pas l'intention de donner au mandataire le pouvoir d'aliéner; il le charge de gérer ses affaires, c'est-à-dire d'administrer; or, aliéner n'est pas administrer.

Si le pouvoir du gérant peut être plus étendu que celui du procureur général, il se peut aussi qu'il soit moins étendu, et toujours en vertu du même principe, c'est que pour déterminer l'étendue de ses pouvoirs, il faut tenir compte de l'objet de la société. Donner à bail est un acte d'administration; les administrateurs légaux ou judiciaires ont tous le droit de faire des baux d'une durée ordinaire de neuf ans. Le gérant d'une société a-t-il le même droit? Tout dépend de l'objet de la société. La cour de cassation a validé le bail d'une usine exploitée par la société, parce que le bail constituait un simple acte d'administration; et elle a confirmé un arrêt qui avait jugé qu'en souscrivant un bail de neuf ans, le gérant avait évidemment dépassé les besoins de la société (1).

308. Le gérant peut-il hypothéquer les immeubles appartenant à la société? La négative est certaine. Il y a un texte formel qui tranche la question : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent » (art. 2124 et loi hyp., art. 73). C'est par application de ce principe que les administrateurs en général ne peuvent pas hypothéquer; par suite, le gérant n'a point ce droit. Dans le silence du contrat de société, l'hypothèque ne peut être constituée que par tous les associés, puisque les associés sont propriétaires; et on doit les supposer capables d'aliéner, puisqu'un incapable ne peut pas contracter une société. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans le cas d'une société en nom collectif composée de deux personnes, la mère et le fils. On objectait que la dette pour laquelle l'hypothèque était consentie était personnelle à l'associé gérant; en droit, l'objection n'avait aucune valeur, car le propriétaire peut établir une hypothèque

(1) Rejet, 19 novembre 1838 et 7 mars 1837 (Dalloz, au mot *Société*, nos 476 et 477).

sur ses biens pour la dette d'autrui; en fait, l'arrêt attaqué déclarait que le crédit d'une maison de commerce se liait intimement à celui de son gérant; que, dans l'espèce, la société, en cautionnant hypothécairement la dette personnelle de son gérant, s'était engagée, à la vérité, dans un intérêt qui n'était pas le sien, mais qui toutefois la touchait de trop près pour qu'il ne lui importât pas de lui donner une prompte et légitime satisfaction. On faisait d'autres objections également insignifiantes qu'il est inutile de mentionner; les principes invoqués par la cour de cassation y répondent. « Si, dit l'arrêt, dans le silence de l'acte social, le gérant, simple administrateur d'une société, ne peut aliéner ni hypothéquer un immeuble social, il n'existe aucun principe de droit ou de raison qui puisse faire obstacle à ce que de tels actes soient valablement consentis par la société elle-même, représentée par tous ses associés; en effet, une société commerciale légalement constituée a sur les biens qui composent son actif tous les droits de la propriété et, notamment, celui de les aliéner et de les hypothéquer aussi librement que pourrait le faire tout autre propriétaire (1). »

Les immeubles de la société peuvent encore être hypothéqués par le gérant quand les statuts l'y autorisent. Ici tout dépend des conventions, et les juges du fait les interprètent souverainement. Nous n'entrons pas dans ces débats, puisque la solution diffère d'un cas à un autre, selon les circonstances de la cause (2).

309. Le gérant peut-il emprunter? La question est controversée; les uns reconnaissent au gérant le droit de faire des emprunts, d'autres le lui dénient; il y a une opinion intermédiaire, d'après laquelle ce serait une question de fait. Il nous semble que le point de savoir si le pouvoir d'administration comprend la faculté d'emprunter est essentiellement une difficulté de droit. Si l'on s'en tient aux principes généraux qui régissent les administrateurs, la décision n'est pas douteuse; le code met l'emprunt sur la même ligne que l'aliénation (art. 457, 483); l'emprunt

(1) Rejet, 27 janvier 1868 (Dalloz, 1869, 1, 410).
(2) Rejet, 3 mai 1853 (Dalloz, 1853, 1, 186).

conduit, en effet, à l'aliénation forcée. C'est l'opinion de deux excellents jurisconsultes, Duvergier et Delangle. Cependant Troplong dit que c'est une grave erreur; il trouve dans l'article 1852 un irrésistible argument pour valider l'emprunt : si un associé peut se constituer créancier de la société, en lui faisant, sans la consulter, les avances nécessaires, pourquoi ne pourrait-il pas emprunter à un tiers l'argent qui doit faire face à cette dépense urgente? Après cela, Troplong limite singulièrement le pouvoir d'emprunter qu'il reconnaît au gérant, pour mieux dire, à tout associé, car l'article 1852 s'applique à l'associé en général. Il faut, dit-il, que le gérant emprunte pour les *fins légitimes* de son administration. Qu'est-ce que des *fins légitimes?* Troplong cite Papinien, qui décide que la société est tenue des dettes contractées par un associé quand l'argent a été versé dans ses affaires. Ici il y a confusion de deux ordres d'idées très-distincts. La société peut être tenue par un acte que le gérant n'a pas le droit de faire si cet acte lui a profité, mais alors elle n'est tenue que jusqu'à concurrence du profit qu'elle en a retiré. Autre est la question de savoir si l'acte est valable. Si le gérant a le droit d'emprunter, le prêteur aura action, que l'emprunt ait profité ou non à la société. Troplong prévoit le danger; il veut que l'emprunt soit modéré. Nous demanderons de nouveau ce que c'est qu'un emprunt modéré et sur quel principe cette distinction est fondée. Dira-t-on que le gérant a le droit d'aliéner si la chose est de peu de valeur? Non, certes; il en doit être de même de l'emprunt. C'est la nature du fait juridique qu'il faut considérer, et non l'importance pécuniaire (1).

Si l'acte de société défend les emprunts, il va sans dire que les gérants ne pourront pas emprunter, quand même ils y seraient autorisés par la majorité des associés; car il n'appartient pas à la majorité de déroger au contrat social, il faut pour cela le concours unanime des associés. Il a été jugé que les associés qui avaient autorisé l'emprunt contrairement aux statuts étaient seuls obligés (2).

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Pont, p. 368, nos 524 et 525.
(2) Rejet, 22 août 1844 (Dalloz, 1845, 1, 21).

La cour d'Alger a décidé que le conseil général d'administration d'une société anonyme n'a pas le pouvoir de contracter un emprunt au nom de cette société, si les statuts ne lui en confèrent pas le droit (1). Cette décision se rapproche de l'opinion que nous avons adoptée; il en résulte, en effet, que le pouvoir d'administrer n'implique pas le droit de contracter un emprunt. Il y a une décision formelle de la cour de Douai en ce sens (2).

310. Le gérant a-t-il le droit de transiger et de compromettre? Il y a controverse sur ce point; à notre avis, la question est décidée par le texte du code. L'article 2045 dit que « pour transiger il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction »; et, aux termes de l'article 1003 du code de procédure, « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. » Or, le gérant n'a certes pas la libre disposition des choses sociales; s'il a le droit d'aliéner, c'est par exception, quand il s'agit de choses destinées à être vendues; par cela même le droit de vendre ne peut pas être étendu à la transaction et au compromis. La tradition est en ce sens. Pothier dit que le pouvoir de l'associé administrateur ne s'étend pas jusqu'à pouvoir, sans l'avis de ses coassociés, transiger sur les procès de la société, car cela passe aussi le pouvoir d'un fondé de procuration générale. Il est vrai que le gérant a parfois des droits plus étendus que le mandataire, c'est quand l'objet de la société lui donne le pouvoir de vendre; mais on ne peut pas dire que l'objet de la société soit de transiger et de compromettre (3).

311. Le gérant peut-il agir en justice, soit en demandant soit en défendant? Il y a sur ce point un principe général concernant le pouvoir des administrateurs : ils ont le droit d'intenter les actions mobilières et possessoires, ils n'ont pas le droit de former les actions immobilières (art. 1428, 1164), Ce principe reçoit son applica-

(1) Alger, 18 mai 1863 (Dalloz, 1863, 5, 353).
(2) Douai, 15 mai 1844 (Dalloz, au mot *Société*, n° 480).
(3) Pothier, *De la société*, n° 68. Comparez, en sens divers, les auteurs cités par Pont, p. 371, n° 528.

tion au gérant. C'est l'opinion de tous les auteurs (1). Quand il s'agit d'une action qu'il n'a pas le droit d'intenter, le gérant doit y être autorisé par ses coassociés; il a été jugé que la décision lie les associés, par cela seul qu'ils ne désavouent pas le gérant (2). Cela nous paraît douteux; mais, comme la question concerne la procédure, nous la laissons de côté.

Comment la société doit-elle donner l'assignation quand elle est demanderesse, et comment doit-elle être assignée par les tiers qui agissent contre elle? La solution dépend du point de savoir si la société est une personne civile. Dans l'opinion que nous avons enseignée, la société n'est pas un être moral distinct des associés; ce sont donc les associés qui figurent dans les instances judiciaires. De là la conséquence que les associés doivent assigner et être assignés individuellement (3).

312. Nous avons supposé jusqu'ici qu'il n'y a qu'un seul gérant; il peut y en avoir plusieurs. Quels sont, dans ce cas, leurs pouvoirs? Le code distingue. Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, il faut voir si leurs fonctions ont été déterminées, ou si elles ne l'ont pas été. Si leurs fonctions ont été divisées, chacun d'eux a un mandat spécial, dans les limites duquel il peut agir et hors des limites duquel il est sans pouvoir (art. 1857). C'est l'application des principes qui régissent le mandat (art. 1989). Si les fonctions des gérants n'ont pas été déterminées, et s'il n'a pas été stipulé que l'un ne pourra agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration (art. 1857). Cela est logique, mais il faut avouer que c'est l'anarchie organisée; on ne conçoit ce droit d'agir pour le tout que dans le cas où la société a des affaires dans des localités différentes : chaque associé agira alors comme s'il était seul administrateur; mais aussi, dans cette hypothèse, il n'y a pas de conflit, la division des fonctions se faisant à raison des lieux. Mais que dans un même lieu il y ait des adminis-

(1) Voyez les citations dans Pont, p. 372, n° 530.
(2) Rejet, 14 février 1859 (Dalloz, 1859. 1. 113).
(3) Pont, p. 373, nos 532-534.

trateurs ayant chacun le droit d'agir séparément, cela est une source permanente de conflits; par conséquent, de difficultés et de procès : heureusement ce n'est que de la théorie.

« S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration » (art. 1858). On demande si cette disposition reçoit exception en cas d'urgence. Il nous semble que le texte répond à la question ; la loi exige une nouvelle convention, alors même que le concours des divers administrateurs serait matériellement impossible; par la même raison, une impossibilité morale, telle que l'urgence, ne suffit pas pour que l'on déroge au pacte social. La question est cependant controversée (1).

313. Tels sont les pouvoirs du gérant. Excluent-ils l'intervention des associés? L'article 1856 répond à la question : « 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. » En principe donc, les associés n'ont pas le droit d'intervenir dans l'administration ; ils ont délégué leur pouvoir au gérant; s'ils trouvent qu'il gère mal, ils doivent demander sa révocation (n° 305). La loi fait exception en cas de fraude; l'associé qui s'oppose à un acte pour cause de fraude doit agir en justice, il n'a pas qualité pour décider si l'acte est frauduleux; si le gérant résiste, il y a contestation et, par suite, procès.

La loi suppose qu'il s'agit d'un *associé* chargé de l'administration. Est-ce à dire que les associés puissent intervenir dans la gestion quand le gérant est un étranger? Non, car ils sont aussi liés par le mandat qu'ils ont donné. Mais dans ce cas, ils peuvent révoquer le mandat à leur gré (n° 306).

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Pont, p. 375, nº 539.

N° 2. DE L'ADMINISTRATION EXERCÉE PAR LES ASSOCIÉS.

I. *Pouvoir des associés administrateurs.*

314. L'article 1859 porte : « A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes :

« 1° Les associés sont censés s'être donné le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. » Ainsi la société, sauf conventions contraires, implique un mandat d'administrer pour chacun des associés. Tous sont administrateurs, dans cette hypothèse. L'article 1859 ajoute : « Ce que chacun fait est valable, même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement. » C'est une conséquence ou une explication du principe que la loi vient d'établir. Chaque associé étant administrateur, chacun peut agir au nom de tous, il n'a pas besoin de prendre leur consentement, ils ont consenti d'avance, en se donnant le mandat réciproque d'administrer. C'est un mandat tacite : la loi dit que les associés sont *censés* s'être donné le pouvoir d'administrer. Ces mots *sont censés* n'indiquent pas une présomption, comme nous l'avons dit bien des fois. Dans l'article 1859, la chose est certaine. On suppose qu'il n'y a pas de stipulations sur l'administration de la société : il faut cependant de toute nécessité que la société soit administrée, car c'est pour faire et pour agir qu'elle a été contractée. Il y a donc mandat tacite résultant de la force des choses et du droit égal de tous les associés. Nous disons que la force des choses conduit au principe admis par l'article 1859. En effet, si chaque associé n'avait pas le droit d'agir, tous les associés devraient concourir dans tous les actes faits au nom de la société : or, ce concours de toutes les volontés pour chaque acte d'administration est impossible, car l'administration est une affaire de tous les jours, de tous les instants ; il faudrait donc que tous les associés fussent toujours présents là où est le siége de la société, sinon la marche des affaires serait sans cesse entravée ; il est inutile d'insister

pour démontrer que cela est impossible. Voilà pourquoi les associés se donnent tacitement mandat de gérer. Cette même nécessité implique que le mandat est général : c'est le pouvoir d'administrer, dit l'article 1859. Donc chaque associé est administrateur général, et peut faire seul, sans le concours de ses associés, tout acte d'administration. S'il y a des motifs pour limiter le pouvoir des associés, ceux-ci devront faire à cet égard des réserves dans leurs conventions ; mais par cela seul qu'ils n'en font pas, le mandat reste général. Il n'a d'autre limite que la durée de la société et la nature des actes que les associés veulent faire.

315. Que le pouvoir d'administrer ne puisse pas dépasser la durée de la société, cela est d'évidence, et il serait inutile de le dire, si une cour d'appel ne s'y était trompée. Dans l'espèce, l'un des associés était mort, ce qui entraînait la dissolution de la société. Les héritiers de l'associé décédé reçurent le compte, sans le concours de l'associé survivant. Ce procédé fut approuvé par la cour d'Angers, sans autre motif que l'article 1859, lequel, dit l'arrêt, permet à chacun des associés d'agir, avec cet effet que ce que chacun fait devient valable pour l'autre, sans le consentement de celui-ci, pour peu qu'il n'ait point manifesté d'improbation en temps utile. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation. L'article 1859, dit la cour, n'a de force que pendant la durée de la société; il n'autorise pas les héritiers d'un associé à agir sans le concours de l'associé survivant (1).

316. La cour de cassation ajoute que l'arrêt attaqué violait encore l'article 1859 sous un autre rapport. La loi n'admet le mandat tacite que pour les actes d'administration, et le règlement de compte est un acte d'une autre nature. Il y a donc des actes que les associés administrateurs peuvent faire, il y en a d'autres qu'ils ne peuvent pas faire. Quelle est la ligne de démarcation? La cour de cassation dit que les associés ne peuvent faire que les *simples actes d'administration* ; la loi dit qu'ils ont pou-

(1) Cassation, 4 février 1852 (Dalloz, 1852, 1, 82).

voir *d'administrer*. Ce texte est moins restrictif que l'arrêt; il faut s'y tenir et poser comme principe que les associés, dans le cas de l'article 1859, peuvent faire tous les actes d'administration. Le pouvoir de l'associé administrateur est donc, en principe, le même que celui du gérant; il faut, par conséquent, appliquer aux associés qui administrent ce que nous avons dit des administrateurs investis d'un mandat exprès (n° 307). Toutefois l'assimilation n'est pas complète : le pouvoir de l'associé, administrateur en vertu d'un mandat tacite, est plus restreint que celui des gérants.

317. Il y a une première restriction sur laquelle il n'y a aucun doute, elle est formulée comme suit par l'article 1859. Après avoir dit que ce que chacun fait est valable, pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement, la loi ajoute : « Sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue. » Quand les associés ont confié l'administration à un gérant, ils ne peuvent pas former opposition aux actes que le gérant a le droit de faire comme administrateur; ils ont délégué leur pouvoir; dès lors il ne peut être question de l'exercer, en intervenant dans la gestion, par voie d'opposition. Lorsque les associés n'ont pas nommé de gérant, ils se sont réservé le pouvoir d'administrer; ce pouvoir est le même pour tous. Si donc l'un veut faire une opération et que l'autre ne veuille pas la faire, le premier ne pourra pas passer outre; en effet, le droit de tous est le même, leur pouvoir identique; donc le droit de celui qui s'oppose à l'opération est égal au droit de celui qui veut la faire. La conséquence est que l'opération ne peut pas se faire, puisque le droit de l'un neutralise le droit de l'autre. La loi n'établit qu'une condition pour l'exercice du droit d'opposition : l'associé doit le faire avant que l'opération soit conclue. S'agit-il d'une convention, elle sera valable dès qu'il y aura concours de consentement de l'associé et des tiers, dès lors tout est consommé; il y a un droit acquis pour le tiers qui a traité avec l'associé, et d'un autre côté, celui-ci a usé de son droit; il a fait ce qu'il avait le pouvoir de faire en vertu

de la loi et de la convention tacite des parties. Donc l'acte est valable et doit être maintenu, par application du principe que la loi valide et sanctionne les actes faits conformément à ses dispositions (t. I, n° 34). Vainement un associé s'opposerait-il à ce que l'opération fût exécutée; son opposition est tardive, son droit n'est plus égal à celui de l'associé qui a agi; il peut bien arrêter l'opération, il ne peut pas défaire ce qui a été fait légalement. Il ne reste aux associés opposants qu'à attaquer l'acte de gestion qu'ils désapprouvent. Quoique fait dans les limites de son droit, l'opération peut être mauvaise; or, si l'associé a le pouvoir d'administrer, il est aussi responsable des fautes qu'il commet, car il doit administrer en bon père de famille (n° 253).

318. Quel est l'effet du droit d'opposition? Quand il est exercé en temps opportun, avant que l'opération soit consommée, l'associé qui voulait agir doit s'arrêter. S'il passe outre, au mépris de l'opposition, ce qu'il fait est nul, car il a agi sans droit. Cela n'est pas douteux dans les rapports des associés entre eux. L'acte sera-t-il aussi nul à l'égard des tiers? Ici il faut distinguer. L'article 2009 dispose que les engagements contractés par le mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi, quand même le mandataire aurait agi sans droit; il en est ainsi notamment lorsque le mandat a été révoqué et que les tiers ont traité dans l'ignorance de cette révocation (art. 2005). Ce principe reçoit son application aux actes faits par l'associé administrateur. Il a un pouvoir général d'agir en vertu de la loi, sauf en cas d'opposition; les tiers doivent donc compter sur la validité de ses engagements tant que l'associé opposant ne leur notifie pas son opposition, ou tant qu'ils n'ont pas connaissance de cette opposition par une autre voie. Ce n'est pas qu'il y ait révocation proprement dite du mandat de l'associé par suite de l'opposition (1); le mandat tacite ne peut pas être révoqué, puisqu'il résulte du contrat de société, et ce contrat ne peut pas être modifié par l'une des parties contrac-

(1) Pont le dit, p. 384, n° 557.

tantes. Mais il y a un motif d'analogie qui suffit pour maintenir l'acte à l'égard des tiers. L'opposition a pour effet de neutraliser l'action de l'associé qui veut faire l'opération; c'est une exception au pouvoir de l'associé résultant de l'exercice du droit égal de l'opposant. Pour que le tiers soit lié par l'opposition, il faut qu'il la connaisse; s'il l'ignore, il se trouve en face d'un associé qui a le droit d'agir à son égard; donc l'acte doit être valable quant à lui.

319. L'opposition est-elle péremptoire? ou l'associé contre lequel elle est dirigée peut-il soumettre la difficulté à l'assemblée générale des associés, et celle-ci peut-elle décider, à la majorité des voix, que l'opération se fera? L'affirmative est enseignée par tous les auteurs, sauf le dissentiment de Pâris (1); et la jurisprudence s'est prononcée dans le même sens (2). Il y a un motif de douter. La loi ne prévoit pas la question; elle doit donc être décidée d'après les principes généraux qui régissent la société. Dans le silence du contrat, quelle est la situation des associés? L'article 1859 répond qu'ils sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce pouvoir est absolu, il ne peut pas être limité par la majorité, car ce serait déroger aux lois fondamentales de la société, et la majorité n'a pas ce droit, comme nous le dirons plus loin : cela n'est point contesté. En quoi consiste le pouvoir absolu des associés? La loi répond que chacun a le droit d'agir sans avoir pris le consentement des autres associés, mais que chacun de ceux-ci peut aussi s'opposer à l'opération. Ce droit d'opposition est également absolu, car c'est l'exercice du pouvoir d'administration appartenant à tous les associés. Si le droit d'agir ne peut être limité par la majorité, le droit de s'opposer ne peut pas non plus être limité, car c'est un seul et même droit.

Tel serait bien notre avis. Que dit-on en faveur de l'opinion générale? Ce que Troplong dit n'a pas grande va-

(1) Voyez les témoignages dans Pont, p. 387, nos 565 et suiv.
(2) Cassation, 10 mars 1841 (Dalloz, au mot *Société*, n° 232).

leur. « Toutes les fois qu'une agrégation de personnes s'est constituée en corps moral, la majorité l'emporte sur la minorité. » Cela suppose que la société est une personne civile; or, sur ce point, la négative nous paraît certaine. Troplong lui-même fait à la règle une exception sur laquelle nous reviendrons; il ne l'applique qu'aux actes d'administration, il ne l'applique pas aux modifications du pacte social. Or, dans l'espèce, il ne s'agit pas, de savoir si tel acte d'administration est utile, il s'agit de savoir si l'associé qui s'y oppose en a le droit, et s'il tient ce droit du pacte social. C'est donc bien le pacte social qui est en cause (1). La plupart des auteurs invoquent des raisons d'utilité. Delangle établit très-bien qu'à moins de condamner la société à la plus précaire existence, on ne peut admettre que la volonté de tous s'effacera devant la volonté d'un seul; que les opérations les plus avantageuses seront empêchées par une opposition inintelligente, absurde; et si cet associé persévère dans sa résistance, que deviendra la société? C'est dans l'intérêt de la société que les parties se donnent mutuellement pouvoir d'agir et d'empêcher; c'est à la société dès lors de décider, c'est-à-dire à la majorité (2). Il est inutile de continuer cette vive critique, car c'est une vraie critique du système que le texte de la loi paraît consacrer. On ne peut expliquer la théorie du code que par cette considération que la loi statue dans le silence des parties, et elle suppose que, pour peu que la société ait de l'importance, les parties régleront le mode de gestion.

320. Les auteurs qui admettent que la majorité peut briser la résistance d'un ou de plusieurs associés quand il s'agit d'actes d'administration, ne lui reconnaissent pas le pouvoir de changer les clauses du pacte social. Il ne saurait y avoir de doute sur ce point, puisque c'est l'application du principe élémentaire écrit dans l'article 1134:

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées

(1) Troplong, *Du contrat de société*, n° 721.
(2) Delangle, n^os^ 129-132. Duvergier, p. 338, n° 286.

que de leur consentement mutuel. » Donc tous ceux qui ont concouru à l'acte de société doivent consentir aux modifications que l'on veut y apporter, car c'est révoquer en partie la loi du contrat. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont d'accord.

Les parties intéressées ont essayé un autre moyen de valider des actes qui sont nuls en vertu de leurs propres conventions. Elles ont demandé aux tribunaux l'homologation de leurs délibérations. La cour de Bruxelles a très-bien jugé que les tribunaux n'ont pas le droit de modifier les contrats : comment le juge pourrait-il porter atteinte à l'irrévocabilité des conventions, alors que lui-même est lié par ces conventions et qu'il a pour mission d'en assurer l'exécution (3)?

Il n'y a qu'un moyen légal pour les associés de modifier leurs statuts par voie de délibérations prises par l'assemblée générale à la majorité des voix, c'est de stipuler cette clause dans l'acte de société. Les changements se font alors en vertu de la volonté même des parties contractantes. Le cas s'est présenté devant la cour de Bruxelles. Il y avait dans les statuts une clause ainsi conçue : « Les présents statuts ne pourront être modifiés qu'en assemblée générale d'actionnaires possédant les trois quarts au moins des actions. Les résolutions sont prises à la majorité des trois quarts des voix présentes. » Une assemblée générale modifia, conformément à cette disposition, l'article 1^er^, aux termes duquel le fonds social était fixé à 1,200,000 fr., représenté par 2,400 actions. En vertu de la nouvelle convention, le fonds social était indéterminé et représenté par 2,400 actions d'une valeur indéterminée. Un des actionnaires, la Société Générale, contesta la validité de ce changement, qui bouleversait, en effet, les bases mêmes de la société. La réclamation fut rejetée, et elle devait l'être. La cour cherche à établir que la nouvelle convention ne dépassait pas la volonté des parties, telle que les statuts primitifs la manifestaient. C'est dire que l'as-

(1) Voyez les auteurs cités par Pont, p. 385, n° 562.
(2) Voyez les arrêts cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 563, note 9, § 382.
(3) Bruxelles, 23 avril 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 99).

semblée générale avait le pouvoir qu'on lui contestait. En effet, la clause était conçue dans les termes les plus généraux; dès que l'assemblée générale avait le pouvoir de modifier les statuts, il fallait lui reconnaître le droit de les modifier tous (1).

321. Supposons qu'il soit reconnu, en droit, que l'assemblée générale a le pouvoir de décider, soit sur une question d'administration, soit sur une modification des statuts. De nouvelles difficultés se présentent concernant la formation de la majorité. On demande d'abord s'il faut la majorité absolue, c'est-à-dire la moitié des voix plus une, ou si la majorité relative suffit. Il est de principe que dans toute assemblée délibérante la majorité absolue est requise pour la validité des décisions ; nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre de la *Tutelle* (t. IV, n° 461); ce n'est que par exception que la loi se contente de la majorité relative. Comme, dans l'espèce, la loi est muette, on reste sous l'empire des principes généraux. On a prétendu que s'il se formait plus de deux avis, il fallait s'en rapporter à la décision des tribunaux. Les tribunaux ne peuvent intervenir que lorsqu'il y a contestation ; si l'on prétendait, par exemple, que la majorité relative suffit, le débat devrait être vidé en justice ; mais les juges ne pourraient pas intervenir pour décider si la proposition faite doit ou non être adoptée, c'est une affaire de contrat, et les tribunaux n'ont aucune qualité pour contracter au nom des parties.

On a soutenu encore qu'il fallait appliquer, par analogie, l'article 171 du code de procédure, qui est ainsi conçu : « S'il se forme plus de deux opinions, les juges plus faibles en nombre seront tenus de se réunir à l'une des deux opinions qui auront été émises par le plus grand nombre; toutefois ils ne seront tenus de s'y réunir qu'après que les voix auront été recueillies une seconde fois. » La prétendue analogie n'existe pas ; il y a, au contraire, une différence capitale entre la situation d'un tribunal et celle des asso-

(1) Bruxelles, 11 novembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 10). Comparez Lyon, 9 janvier 1870 (Dalloz, 1871, 2, 111).

ciés. Le tribunal doit juger, sous peine pour les juges d'être poursuivis comme coupables de déni de justice (art. 4); tandis que si les associés, réunis en assemblée générale, ne parviennent pas à s'entendre, et si aucune majorité ne se forme, la conséquence sera très-simple : la proposition sur laquelle on a délibéré n'ayant pas obtenu la majorité absolue, il en résulte qu'elle est rejetée (1).

322. Les auteurs sont aussi partagés sur le point de savoir quel est l'effet du partage des voix. Notre opinion est préjugée par ce que nous venons de dire. En cas de partage, il n'y a pas de majorité; donc la proposition est rejetée. On a prétendu que la question devait être portée devant les tribunaux : l'abstention, dit-on, ne saurait être la règle, car il est de la nature des sociétés d'agir et non de s'abstenir. Sans doute on ne se met pas en société pour ne rien faire, mais les juges ne peuvent pas forcer les sociétés à agir quand elles ne veulent pas; et, légalement, elles ne veulent pas quand il n'y a pas de majorité; l'intervention de la justice aboutirait à imposer une convention aux associés; ce qui est contraire aux principes les plus élémentaires de droit (2).

323. 2° L'article 1859 contient une seconde règle ainsi conçue : « Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. » Le droit individuel de chaque associé est subordonné à l'intérêt général de la société, et il doit se concilier avec le droit égal des autres associés. Tel est le principe. Nous n'en donnerons pas d'application, parce que nous n'en trouvons aucune dans la jurisprudence. Les exemples que les auteurs empruntent à Pothier (3) sont du domaine de l'école; il est inutile de les reproduire. Il est facile de comprendre pourquoi

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Pont, p. 389, n° 567.
(2) Comparez, en sens divers, les auteurs cités par Pont, p. 387, n° 564.
(3) Pothier, *De la société*, n^os^ 84 et 85. Duvergier, p. 420, n° 360. Pont, p. 391, 392, n^os^ 570-573.

cette disposition de l'article 1859 ne reçoit guère d'application; les choses qui font partie de l'actif social sont destinées à un but commun, ce qui exclut le droit individuel de chaque associé.

324. 3° La troisième règle établie par l'article 1859 est ainsi formulée : « Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société. » Il s'agit de dépenses que la doctrine appelle nécessaires ou de conservation, parce que sans ces dépenses les choses périraient; c'est la dépense qui les conserve. Il est de principe que tout administrateur a le droit de faire les actes conservatoires; les associés doivent avoir le même droit quand ils sont administrateurs. Pour qu'il y ait lieu de faire des dépenses de conservation, il faut que la chose existe et qu'il y ait utilité pour la société de la conserver. C'est en ce sens que Pothier s'exprime : « Si, dit-il, des bâtiments ont besoin de réparations, chacun des associés peut obliger ses associés à concourir avec lui à faire ces réparations, et, pour cet effet, à consentir les marchés qu'il a projetés avec des ouvriers pour les faire. » L'article 1859 ne serait donc pas applicable si le capital social était entamé et si, pour le reconstituer, il fallait recourir à un nouvel appel de fonds. Ce ne serait pas là un acte de conservation dans le sens traditionnel attaché aux dépenses nécessaires; c'est plutôt un changement apporté au pacte social, puisque les associés seraient obligés d'augmenter leurs mises. Il n'appartient certes pas à l'un des associés d'obliger les autres à un sacrifice qu'ils n'entendaient pas faire lors de la constitution de la société. La cour de Lyon a très-bien jugé que la formation du capital social est une des conditions constitutives du contrat de société, et que le capital, une fois formé, ne peut être modifié que du consentement de tous les contractants. Vainement dirait-on qu'un appel de fonds est nécessaire pour conserver ce qui reste du capital ou des mises, la cour répond qu'un appel de fonds est une augmentation du capital primitif, donc une aggravation des obligations consenties par les associés dans le pacte constitutif. Une pareille modification dépasse ce que

l'on appelle une dépense nécessaire; elle ne peut se faire que par la volonté de tous les associés, à moins que le pacte même n'autorise la majorité ou le conseil d'administration à faire un appel de fonds (1).

325. 4° L'article 1859 établit encore une quatrième règle sur le pouvoir des associés quand ils administrent dans le silence du contrat: « L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendants de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent. » Pothier donne comme exemple le fait d'élever des constructions sur un terrain commun. C'est ce que, dans le langage traditionnel, on appelle des dépenses utiles, ou d'amélioration; il est rare que la plus-value résultant des travaux équivaille à la dépense; dès lors ces innovations ne peuvent se faire que par le propriétaire, et, en cas de société, par tous les associés. La majorité n'aurait pas le droit d'autoriser ces innovations, car ce n'est pas la majorité qui est propriétaire, ce sont tous les associés; voilà pourquoi l'article 1859 exige le consentement des *autres associés* (2).

Le droit que le n° 3 de l'article 1859 accorde aux associés peut se trouver en conflit avec la prohibition d'innover prononcée par l'article 1859, n° 4. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de Toulouse. L'un des associés ouvre une porte pour faciliter l'usage qu'il a de la chose commune; l'autre prétend que c'est là une innovation défendue par la loi. Il y a innovation dans le sens vulgaire du mot, mais ce n'est pas en ce sens qu'il faut prendre cette expression quand il s'agit de déterminer le droit d'un associé. La cour dit très-bien que l'article 1859, n° 4, ne s'applique qu'aux changements qui tendent à altérer la nature de la chose commune, et non aux changements qui, en conservant à la chose son état et sa destination, n'ont pour objet que de faciliter pour l'un des associés l'usage qu'il a le droit d'en faire. La cour applique

(1) Lyon, 9 janvier 1870 (Dalloz, 1871, 2, 111). Comparez Duvergier, p. 423, n° 363; Pont. p. 393, n° 576.

(2) Pothier, *De la société*, n° 87. Duvergier, p. 381, n° 321. Pont, p. 394, n° 578.

ensuite ce principe à l'espèce et décide qu'il n'y avait pas innovation (1).

326. Après avoir énuméré les droits des associés quand ils administrent dans le silence du contrat, le code ajoute (art. 1860) : « L'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses, même mobilières, qui dépendent de la société. » Cette disposition donne lieu à plus d'une difficulté. On demande d'abord ce que la loi entend par le mot *engager*. Cette expression est d'ordinaire synonyme de celle d'obliger. C'est en ce sens que les articles 2092 et 2093 (loi hyp., art. 7 et 8) disent : Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses *engagements* sur tous ses biens mobiliers et immobiliers. Les biens du débiteur sont le *gage* commun de ses créanciers. » L'associé, administrateur en vertu de l'article 1859, a-t-il le droit d'engager les biens de la société? A notre avis, l'affirmative n'est pas douteuse ; elle est écrite dans le texte de la loi. En effet, l'associé peut administrer ; donc obliger la société et, partant, engager ses biens. Il peut encore obliger ses associés pour les dépenses nécessaires ; donc il oblige les biens de la société, puisque le gage qui frappe les biens est inséparable de l'engagement personnel. De là suit que le mot *engager*, dans l'article 1859, ne peut pas s'appliquer aux engagements personnels qui ont pour conséquence d'engager les biens du débiteur, et, dans l'espèce, le débiteur, c'est la société, donc tous les associés.

L'article 1860 défend à l'associé qui n'est pas administrateur d'*aliéner*, puis il ajoute *et d'engager* ; la loi entend donc prohiber tout acte de disposition, vente ou concession de droits réels. D'ordinaire la loi se sert du mot *hypothéquer*, pour exprimer cette idée ; dans l'espèce, elle ne pouvait pas l'employer, puisqu'elle étend la prohibition aux choses mobilières ; or, on n'hypothèque pas les meubles, quoiqu'on puisse les donner en gage. La loi veut donc dire que l'associé ne peut pas faire acte de propriété, soit en aliénant les choses mobilières ou immobilières

(1) Toulouse, 30 mai 1828 (Dalloz, au mot *Société*, nº 527).

appartenant à la société, soit en les grevant de droits réels. Pourquoi l'associé non administrateur n'a-t-il pas le pouvoir de disposition? Nous avons déjà bien des fois répondu à la question, en établissant le principe que le droit de disposer d'une chose n'appartient qu'au propriétaire, puisque c'est un des attributs du droit de propriété (art. 544) (1). Or, l'associé n'est pas propriétaire exclusif; tous les associés sont propriétaires, tous doivent donc consentir à l'aliénation.

327. Si l'article 1860 ne veut pas dire autre chose, il est inutile, puisqu'il ne fait que déduire une conséquence qui résulte de l'article 544. Nous croyons que la loi veut établir une différence entre l'associé qui n'est point administrateur et l'associé qui est gérant. Les termes mêmes de la loi indiquent l'intention du législateur : « L'associé *qui n'est point administrateur*. » Ces mots impliquent une restriction. Quelle est-elle? L'article 1860 fait suite à l'article 1859, lequel suppose que l'acte social ne nomme pas d'administrateur; dans ce cas, les associés se donnent mandat d'administrer, sans qu'ils aient la qualité d'administrateur. C'est de ces associés qui administrent en vertu de l'article 1859 que la loi dit qu'ils n'ont pas le pouvoir de disposer des choses mobilières ou immobilières qui dépendent de la société.

Reste à savoir quelle est la différence que la loi entend établir entre l'associé administrateur ou gérant et l'associé qui administre sans être gérant. En disant que ce dernier ne peut aliéner, l'article 1859 veut-il dire que le premier a le droit de disposer des effets sociaux? Non, certes; ce serait un argument *a contrario* de la pire espèce, puisqu'il en résulterait que celui qui n'est pas propriétaire, mais simple gérant, a le pouvoir d'aliéner. Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. Mais si ni l'associé gérant, ni l'associé qui administre en vertu de l'article 1859 ne peuvent aliéner, pourquoi la loi oppose-t-elle l'un à l'autre? Pothier donne la solution de la difficulté. Il établit comme

(1) Voyez ce qui a été dit au titre de l'*Absence* (t. II, nos 178 et 179) et au titre du *Contrat de mariage* (t. XXII, nos 162-165).

quatrième maxime, concernant le droit des associés, la règle suivante : « Un associé ne peut aliéner ni engager les choses dépendant de la société, si ce n'est pour la part qu'il y a. » Voilà l'article 1860, sauf que le code précise la règle en la limitant à l'associé administrateur en vertu de l'article 1859; ce qui était aussi la pensée de Pothier, comme nous allons le dire, et il n'ajoute pas que l'associé puisse aliéner pour sa part; nous verrons plus loin en quel sens l'associé peut aliéner sa part; la loi ne permet pas à l'associé de vendre son droit indivis dans les choses sociales. Pothier continue : Un associé ne peut aliéner ni engager les choses dépendant de la société en sa seule qualité d'associé; mais le pourrait-il s'il était administrateur des biens de la société? Pothier renvoie, sur cette question, à ce qui en a été dit dans un chapitre précédent. Dans le paragraphe auquel Pothier renvoie, il est traité *des clauses qui concernent l'administration de la société,* ce qui suppose que l'acte de société a nommé un gérant; en effet, l'auteur dit : « Quelquefois, par le contrat de société, on donne à l'un des associés l'administration des biens et des affaires de la société. » Quels sont les pouvoirs de cet associé administrateur en ce qui concerne le droit de disposer? Pothier répond qu'il peut vendre les choses dépendantes de la société qui sont destinées à être vendues, et non d'autres (1). Nous avons développé cette distinction plus haut (n° 307). Ainsi le principe, quant à l'associé gérant, est qu'il ne peut pas disposer des choses sociales, il ne le peut que si ces choses sont destinées à être vendues. Voici donc la différence que Pothier établit entre l'associé gérant et l'associé non gérant qui administre à défaut d'administrateur : celui-ci ne peut jamais aliéner, tandis que l'autre peut aliéner les choses qui sont destinées à être vendues. L'article 1860 consacre cette doctrine, car il reproduit presque textuellement les paroles de Pothier. On demandera quelle est la raison de cette distinction. Il y a des choses destinées à être vendues : l'associé gérant peut les vendre, tandis que l'associé

(1) Pothier, *De la société,* nos 89 et 66.

qui administre dans le cas prévu par l'article 1859 ne peut pas en disposer ; il faudra donc le concours de tous les associés pour consommer l'aliénation. Y a-t-il une raison de cette différence? Oui. Quand il y a des choses destinées à être vendues et que l'acte de société nomme un administrateur, le gérant a le droit de les vendre, parce que telle est la volonté des associés ; c'est pour la vente qu'ils délèguent leurs pouvoirs à un gérant. S'ils ne nomment pas de gérant, ils réservent à chacun d'eux le droit d'administrer : en résultera-t-il que chacun d'eux aura le droit d'aliéner? Cela est impossible ; comment plusieurs associés pourraient-ils vendre au même moment la même chose à des personnes différentes? Car c'est à cela qu'aboutirait le droit de disposer si on l'accordait aux associés non gérants. C'est dire que les associés non gérants ne peuvent pas avoir chacun le droit d'aliéner : il faut qu'ils s'entendent (1).

L'opinion contraire est plus généralement suivie. On admet que les associés qui administrent en vertu de l'article 1859 peuvent aliéner les choses destinées à être vendues. Dans cette opinion, les mots *qui n'est point administrateur* n'ont plus de sens, on les efface du code. Il y a plus ; tout en les effaçant, on n'explique pas la disposition ; si, comme on le prétend, elle ne fait qu'appliquer un principe général, elle est inutile, et elle ne devrait pas se trouver à la suite de l'article 1859 (2) ; on ne sait, en définitive, quoi faire de cette disposition. La jurisprudence a peu d'autorité en cette matière ; il y a un arrêt de la cour de Rennes, confirmé par la cour de cassation, qui permet à l'un des associés d'aliéner des immeubles achetés pour être revendus ; les décisions sont à peine motivées. Il y a un autre arrêt de la même cour qui juge en sens contraire, en se fondant sur ce qu'aucun des associés n'étant propriétaire pour le tout, aucun d'eux n'a qualité pour transmettre la propriété de la chose (3).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 563, note 5, § 382 (4me édition).
(2) Duvergier, p. 429, nº 369. Duranton, t. XVII, p. 478, nº 435.
(3) Rejet, 10 mars 1818, et Rennes, 22 avril 1813 ((Dalloz, au mot *Société*, nº 503).

Le rapporteur du Tribunat a une autre explication de l'article 1860; il dit que ces mots *qui n'est point administrateur* supposent que l'acte de société a nommé des administrateurs; dans ce cas, ceux des associés qui ne sont pas administrateurs ne peuvent pas disposer (1). Cette interprétation est inadmissible; elle ne tient aucun compte de la tradition, ni de la place qu'occupe l'article 1860, et elle aboutit à faire dire à la loi une véritable niaiserie. Les associés nomment un gérant par l'acte de société. Ils lui délèguent donc le pouvoir de vendre les choses destinées à être vendues; l'ayant délégué, il va de soi qu'ils ne peuvent plus l'exercer : fallait-il une loi pour décider que celui qui délègue ses pouvoirs ne les a plus tant que la délégation dure?

328. Nous avons remarqué que l'article 1860 ne reproduit pas la restriction de Pothier, qui permettait à l'associé de vendre sa part dans les choses sociales. En faut-il conclure que l'associé ne peut plus vendre sa part? Il faut s'entendre. Il ne le peut plus dans le sens que l'on y attachait dans l'ancien droit, c'est-à-dire avec cet effet que l'associé transmette actuellement et irrévocablement la propriété de sa part à l'acheteur; ce qui portait obstacle au droit que la société a de disposer des choses sociales selon ses convenances. Voilà le droit que les auteurs du code ont entendu abolir en retranchant la réserve que Pothier faisait au profit de l'associé. Est-ce à dire que l'associé ne puisse pas disposer de sa part indivise, comme tout copropriétaire en peut disposer? L'associé peut aliéner sa part indivise dans un effet social, mais cette vente ne donne aucun droit actuel à l'acheteur et ne nuit en rien au droit de la société. L'effet reste la propriété de la société, il est compris dans le partage, et c'est le résultat du partage qui déterminera si l'acheteur est devenu propriétaire; si la chose tombe au lot de l'associé vendeur, la vente est valable; si elle tombe au lot d'un autre associé, la vente est nulle, puisque le vendeur est censé n'avoir jamais eu de droit sur la chose vendue (2).

(1) Boutteville, Rapport, n° 17 (Locré, t. VII, p. 250).
(2) Mourlon, t. III, p. 347 et suiv., n° 861. Thiry, dans la *Revue critique*

N° 3. DU DROIT DE L'ASSOCIÉ DE S'ASSOCIER UN TIERS.

329. L'article 1861 porte : « Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société ; il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration. » On lit dans l'Exposé des motifs que la confiance est la base du contrat de société (1); il est donc personnel de sa nature; voilà pourquoi la société finit par la mort de l'un des associés (art. 1865, 3°); et, pour la même raison, l'un des associés ne peut associer un tiers à la société. Il y a d'ailleurs un motif de droit qui s'y oppose. Associer un tiers, c'est modifier le contrat social ; or, les modifications ne peuvent se faire qu'avec le concours de tous ceux qui ont formé la convention primitive (n° 320). Cela n'empêche pas chaque associé de s'associer un tiers relativement à la part qu'il a dans la société. Mais cette société n'existe qu'entre l'associé et le tiers, elle n'existe pas à l'égard de la société, puisque celle-ci y est restée étrangère. De là cet adage : *Socius mei socii non est meus socius*. L'article 1861 consacre donc deux principes ; nous les examinerons séparément.

I. *De la prohibition d'associer un tiers à la société.*

330. La loi défend, en termes absolus, à l'associé d'associer un tiers à la société sans le consentement de ses associés, lors même qu'il en aurait l'administration. Pothier, à qui cette dernière disposition est empruntée, l'explique en termes dubitatifs : « C'est une chose qui me paraît passer les bornes d'une simple administration des biens de la société que de donner à ses associés un associé qu'ils n'ont pas choisi eux-mêmes (2). » Si le grand jurisconsulte s'exprime avec cette réserve, c'est qu'il n'a

de législation, t. V (4me année), p. 438 et 439. Comparez Pont, p. 398, nos 587-589; Duvergier, p. 429, n° 371.

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 20 (Locré, t. VII, p. 244).

(2) Pothier, *De la société*, n° 95.

pas l'habitude de trancher les questions en disant que l'opinion qu'il propose est évidente; cette prétendue évidence, après tout, n'est qu'une affirmation, et affirmer n'est pas prouver. Dans l'espèce, Pothier aurait pu dire que la chose est évidente. En effet, adjoindre un nouvel associé à la société, c'est modifier le pacte social, et l'administrateur n'a mission que d'en assurer l'exécution.

331. On admet une exception à la prohibition prononcée par l'article 1861 pour les sociétés par actions. L'associé qui vend ses actions se substitue un nouvel associé, qui le remplace entièrement, à condition que les parties se conforment aux statuts de la société. Il y a un motif de douter : ne peut-on pas dire que la défense est conçue en termes absolus et qu'il n'appartient pas à l'interprète d'y apporter une restriction? Nous avons dit bien des fois que faire une exception, c'est faire la loi. Toutefois nous croyons que cette règle n'est pas applicable à la question que nous examinons. Si l'interprète ne peut pas faire la loi, il a le droit de l'expliquer, afin qu'on n'en fasse pas une fausse application. Pourquoi le législateur défend-il aux associés d'associer un tiers à la société? C'est parce que les sociétés civiles sont des sociétés de personnes et que la confiance personnelle en est la base, comme l'a dit l'orateur du gouvernement (n° 329). Or, les sociétés par actions ne sont pas des associations de personnes, c'est une réunion de capitaux; tous ceux qui versent la somme déterminée par les statuts deviennent actionnaires et associés; on n'a aucun égard à la personne de l'actionnaire, les actionnaires ne se connaissent point et ne peuvent pas se connaître. Dès lors le texte et l'esprit de la loi ne sont pas applicables aux sociétés par actions; le texte de l'article 1861 parle de l'association d'une *tierce personne;* or, dans la société par actions, c'est moins la personne qui est associée que le capital. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Lors de la constitution de la société, l'on n'a aucun égard aux qualités de la personne, on ne fait appel qu'aux capitaux : pourquoi en serait-il autrement pendant la durée de la société? On ne choisit pas ses associés en prenant une action; pourquoi les choisirait-on quand la

société est constituée et que l'un des actionnaires vend ses actions? C'est un inconnu qui remplace un inconnu; il n'y a jamais lieu à choisir. En définitive, l'exception se fonde sur le texte et sur l'esprit de la loi; si le code ne l'a pas formulée, c'est qu'il ne traite que des sociétés civiles, et dans ces sociétés la distribution du capital par actions est peu usuelle.

Reste à savoir comment on peut distinguer les sociétés par actions. Les statuts répondent d'ordinaire à la question; de sorte que la différence entre l'*intérêt* et l'*action*, si difficile à établir en théorie, ne donne guère lieu à des difficultés en pratique. On peut répondre à notre question que la société est par actions lorsque chaque associé peut céder son droit de manière que le cessionnaire prenne la place du cédant; nous entendons par *droit* la qualité d'associé. Il n'y a que les sociétés importantes qui distribuent leur capital par actions, afin d'attirer par cette division les capitaux considérables dont elles ont besoin; et ces sociétés ont également des statuts que l'on rend publics pour faire appel aux capitaux : les statuts décident d'ordinaire, et à vue d'œil, si le droit des associés est cessible et si, par suite, l'article 1861 est ou non applicable (1).

332. L'article 1861 permet à l'associé dont le droit n'est pas cessible d'associer un tiers à la société avec le consentement de ses associés. C'est une modification du pacte social; il faut donc le consentement de tous les associés, comme il a fallu le consentement de tous pour former la société, la majorité est sans pouvoir pour changer les conventions sociales (n° 320); donc la majorité n'a pas le droit de consentir à ce qu'un nouvel associé prenne la place de celui qui voudrait céder son intérêt. La cour de Besançon l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux (2).

333. Comment le consentement doit-il être donné? La loi ne le dit pas; on reste donc sous l'empire du droit commun. De là suit que le consentement peut être exprès ou tacite. Le consentement exprès peut se donner par l'acte de société; quand même la société ne serait pas par

(1) Pont, p. 504, nos 598 et 599, et les auteurs qu'il cite.
(2) Besançon, 23 avril 1845 (Dalloz, 1847, 2, 15).

actions, le contrat peut permettre aux associés de céder leur intérêt avec cet effet que le cessionnaire deviendra associé; le pacte social peut aussi, quand la société est par actions, déterminer les conditions sous lesquelles les tiers cessionnaires acquerront la qualité et les droits d'associé (1).

Le consentement peut être verbal ou par écrit. Quand il est verbal ou tacite, il peut y avoir des difficultés de preuve. Comme il s'agit de sociétés civiles, on doit appliquer les règles qui régissent la preuve testimoniale. Il a été jugé qu'un tiers qui prétendait avoir été associé ne pouvait pas prouver les faits qu'il alléguait par témoins; sur ce point, il n'y a point de doute. La cour de cassation ajoute qu'il n'était pas recevable non plus à demander la production des registres de la société, nul n'étant tenu de fournir des titres contre lui-même (2). Cette décision nous laisse quelque doute. Le demandeur prétendait que les registres prouvaient que, depuis la cession qui lui avait été faite, il avait figuré comme cessionnaire dans les délibérations de la société; ce fait ne pouvait être prouvé que par les registres où se trouvaient les procès-verbaux des délibérations. Nous ne connaissons pas de loi qui défende au juge de s'éclairer par la production d'écrits où le demandeur soutient avoir été partie.

334. Dans les cas où il est permis à l'associé de céder son droit, c'est-à-dire sa qualité d'associé, il arrive souvent que le pacte social stipule la faculté de retrait au profit de la société, pour mieux dire, le droit de préférence. L'associé qui veut céder son droit doit notifier son intention aux administrateurs de la société, et celle-ci peut réclamer la préférence dans le délai et sous les conditions déterminées par les statuts. On appelle ce droit *retrait social*. L'expression est mal choisie. Le retrait successoral est une expropriation de l'acheteur, la loi l'admet dans l'intérêt des cohéritiers du vendeur; tandis que le retrait social n'exproprie pas l'acheteur; il n'y a pas encore de vente au moment où l'associé fait connaître à la

(1) Cassation, 1er ventôse an X (Dalloz, au mot *Société*, nº 584).
(2) Rejet, 7 février 1826 (Dalloz, au mot *Société*, nº 232, 3º).

société son intention de vendre, il donne simplement la préférence à la société. Cette stipulation n'a rien d'anormal; tandis que le retrait successoral est une expropriation pour cause d'intérêt privé, ce qui est une vraie anomalie (1).

Dans quelle forme doit se faire la notification? Il faut avant tout consulter les statuts, qui s'expliquent d'ordinaire sur ce point. Les conventions sont une loi pour le juge, il doit en assurer l'exécution. Y a-t-il lieu à recours en cassation lorsque le juge n'a pas appliqué la clause du contrat concernant les notifications? Il a été jugé que l'interprétation des contrats rentre dans les attributions exclusives des cours d'appel (2). Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur ce point, au titre des *Obligations* (t. XVI, n° 180).

Si les statuts ne déterminent point la forme dans laquelle doit se faire la notification, l'associé est libre de choisir telle forme qu'il veut, sauf la difficulté de preuve. Il n'est pas nécessaire qu'il emploie le ministère d'un huissier; la cour de Douai a jugé que la notification était faite valablement par lettre. Le but de la clause est atteint dès que l'intention de vendre est portée à la connaissance de la société, et que celle-ci est mise à même d'exercer son droit de préférence (3).

335. Il se peut que l'associé notifie son intention de vendre alors qu'il a déjà cédé son droit. Dans ce cas, la cession qu'il a consentie est conditionnelle, elle ne deviendra définitive que si la société n'use pas de son droit de préférence. En faut-il conclure que la cession est censée ne pas exister à l'égard de la société, tant que le délai pendant lequel elle peut exercer le retrait n'est pas écoulé? La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi (4). La décision nous paraît trop absolue. Si la cession est faite sous condition résolutoire, elle existe réellement et produit tous ses effets, sauf à être résolue si la condition se réalise; dans

(1) Comparez Pont, p. 410, nos 610 et 611.
(2) Rejet, 17 avril 1834 (Dalloz, au mot *Société*, n° 584).
(3) Douai, 10 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Société*, n° 458).
(4) Bruxelles, 25 avril 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 425).

ce cas, il y aura cession au profit de la société à partir de l'acceptation de l'offre, car la notification est une offre de vente; et la première cession étant considérée comme n'ayant jamais eu lieu, il est vrai de dire que le cédant est resté associé jusqu'au moment où la cession s'est accomplie au profit de la société. D'ordinaire la cession se fera sous condition suspensive; si la société n'use pas de son droit de préférence, la vente sera parfaite dès le principe, et, par suite, le cédant aura cessé d'être associé dès le moment où le contrat a eu lieu; c'est seulement dans le cas où la société exerce son droit de préférence que la première vente sera non avenue et que le cédant reste associé jusqu'au moment où intervient l'acceptation de la société.

336. Le droit de préférence suppose que l'associé cède son droit; là où il n'y a pas de cession, la société ne peut pas réclamer de préférence contre un cessionnaire qui n'existe pas. Un associé donne son droit en nantissement à son créancier, en le subrogeant à tous ses droits : la société pourra-t-elle user de son droit de préférence? Non, car le nantissement, quoique accompagné de subrogation, n'est pas une vente, et le créancier n'est pas un associé; c'est l'associé débiteur qui reste associé, parce que le débiteur qui donne une chose en gage en conserve la propriété avec tous les droits qui y sont attachés (1).

De même il n'y a pas lieu au droit de préférence quand l'associé s'associe seulement un tiers à titre de croupier. Le croupier n'est pas associé; il ne peut donc s'agir de l'exclure. Cette espèce de cession peut se faire sans le consentement de la société, puisqu'elle n'a aucun intérêt à l'empêcher. Par cela même elle ne peut exercer son droit de préférence en prenant la place du croupier. Nous supposons que l'associé a agi de bonne foi en s'associant un tiers; il se peut que, pour empêcher la société d'user de son droit, les parties qualifient le cessionnaire de croupier; il va sans dire que la société sera admise à prouver que le prétendu croupier est un véritable cessionnaire;

(1) Rouen, 2 janvier 1847 (Dalloz, 1851, 2, 232).

cette preuve peut se faire contre le croupier, comme, de son côté, le croupier serait admis à la faire, car il est toujours permis d'établir le vrai caractère d'une convention (1).

II. *Du droit de l'associé de s'associer un tiers.*

337. L'associé peut s'associer un tiers relativement à la part qu'il a dans la société; il n'a pas besoin du consentement de ses associés, parce que la convention qui intervient entre l'associé et le tiers reste étrangère à la société; le tiers, associé à un associé, restant en dehors de la société, celle-ci n'a ni droit ni intérêt à intervenir dans la convention qui se fait entre l'associé et ce tiers. Ce tiers, associé à un associé sans l'être à la société, porte, dans le langage traditionnel, le nom de *croupier*, parce que, dit-on, il chevauche avec l'associé qui le prend en croupe.

Nous supposons que le croupier est l'associé de l'associé; l'article 1861 le dit en reproduisant la doctrine de Pothier. « Si, dit-il, après avoir contracté avec vous une société, je juge à propos de m'*associer un tiers*, ce tiers sera mon *associé à la part* que j'ai dans la société que nous avons contractée ensemble (2). » Cependant les auteurs ne s'accordent pas sur le point de savoir quelle est la nature de la convention qui intervient entre l'associé et le croupier : est-ce une cession ou est-ce une société? cette association est-elle une véritable société ou est-ce une communauté? Nous laissons de côté cette dernière controverse qui a été soulevée par Duvergier; il croit que la convention produit plutôt une communauté qu'une véritable société entre l'associé et le croupier. Son opinion est restée isolée; elle n'a pas d'intérêt pratique (3). Il en est de même de toutes les questions que les auteurs discutent; elles n'ont guère préoccupé la jurisprudence, parce que la convention même au sujet de laquelle elles s'élè-

(1) Rejet, 24 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 429).
(2) Pothier, *De la société*, n° 92.
(3) Duvergier, p. 434, n° 375. Delangle, n° 193.

vent est assez rare. A notre avis, on ne peut pas décider *a priori* s'il y a vente ou société; tout ce que l'on peut dire, c'est que la convention, telle que Pothier la formule, telle que le code la consacre, est une société. Mais l'intention des parties peut aussi être de faire une cession; l'associé cède une fraction de son droit à un tiers sans vouloir former une société avec ce tiers; dans ce cas, le cessionnaire ne sera pas un croupier, il ne sera pas non plus un associé de la société, ce sera un acheteur d'une fraction d'intérêt dans une société; les rapports entre le cessionnaire et le cédant seront les rapports qui naissent de la vente, et non ceux qui naissent de la société. Cette question a un intérêt pratique, puisque la société et la vente produisent des effets différents. Si le tiers est un croupier, il aura les droits d'un associé à l'égard de l'associé dont il est croupier, mais il en aura aussi les obligations. Pothier suppose que le croupier fasse quelque gain à l'occasion de la part pour laquelle il est en société avec un associé; il lui en devra compte à raison de la société qui existe entre eux. Il n'en serait pas de même d'un simple cessionnaire; celui-ci ne doit rien à son vendeur que le prix de vente.

Dans l'opinion générale, on distingue : si l'associé cède sa part entière, il y a vente; tandis que si la cession porte sur une fraction du droit, il y a société (1). Il n'y a guère de doute dans la première hypothèse; ce n'est pas celle du code civil; l'associé qui cède sa part entière ne conserve plus aucun intérêt dans les affaires sociales en ce qui concerne ses rapports avec le cessionnaire, celui-ci y est seul intéressé; et là où il n'y a qu'une personne intéressée, il ne peut être question d'association. Mais, dans la seconde hypothèse, qui est celle du code, la décision des auteurs nous paraît trop absolue. L'article 1861 suppose que les parties ont voulu faire une société, mais le législateur, en matière de contrats, n'impose jamais sa volonté aux parties intéressées, celles-ci sont libres de faire telles conventions qu'elles veulent; s'il leur plaît de faire une vente

(1) Pont, p. 417, nos 618-620, et les auteurs qu'il cite.

sans aucune association, pourquoi déciderait-on qu'elles ont fait une société? Cela est contraire aux plus simples notions de droit : il ne peut pas y avoir de société sans volonté de s'associer. La difficulté se réduit donc à une question de fait : quelle est l'intention des parties contractantes ?

338. Quels sont les rapports entre le tiers et la société? En principe, il n'y a aucun lien de droit entre le tiers et la société, parce que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; et la société, on le suppose, est restée étrangère au contrat. Toutefois ce principe, enseigné par tous les auteurs, doit être entendu avec une restriction. Si l'associé vend son intérêt dans la société, sans vouloir s'associer avec l'acheteur, celui-ci pourra devenir membre de la société si le pacte social permet aux associés de céder leurs intérêts, avec cet effet que le cessionnaire deviendra membre de la société. La société intervient alors dans le contrat de cession, en consentant d'avance à accepter comme associé le tiers cessionnaire de l'intérêt d'un associé. Il faut ajouter, comme le font tous les auteurs, que, dans le cas où le tiers n'est qu'un croupier, il ne sera pas associé, à la vérité, et il n'aura pas d'action directe contre la société, mais il pourra agir contre elle, en exerçant les droits du cédant, par application de l'article 1166.

339. Quelle est la situation du tiers à l'égard de l'associé avec lequel il a traité? On répond d'ordinaire qu'il est son associé. Dans notre opinion (n° 337), il faut distinguer. Si, comme l'article 1861 le suppose, le tiers est un croupier, c'est-à-dire un associé de l'associé dont il est croupier, il aura tous les droits et toutes les obligations d'un associé, dans les limites de la part qui lui a été cédée. Mais il se peut que le tiers soit un cessionnaire, sans être associé avec le cédant : dans ce cas, il a les droits et les obligations d'un acheteur. Nous avons signalé une différence en ce qui concerne les obligations de l'acheteur (n° 337). Quant aux droits du tiers, s'il ne devient pas membre de la société, ils seront les mêmes, qu'il soit cessionnaire ou associé; dans l'un et l'autre cas, l'intention

des parties est de transporter au tiers tous les bénéfices et tous les droits appartenant à l'associé avec lequel il traite.

340. Il reste à voir quelle est la situation du croupier ou du cessionnaire à l'égard des créanciers. Nous laissons de côté l'hypothèse où le tiers cessionnaire devient associé; il n'y a pas de question dans ce cas, le cessionnaire prenant la place du cédant quant à ses obligations comme quant à ses droits. Mais il y a une difficulté quant au cédant. Quelle est sa situation à l'égard des créanciers de la société? Ceux-ci auront-ils action contre lui pour les dettes qui existaient lors de la cession? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Si l'associé était tenu à l'égard des créanciers de la société lors de la cession, il ne peut pas se dégager de ce lien en cédant ses droits: S'il n'y a aucune stipulation à cet égard dans l'acte de cession, le droit des créanciers ne saurait être contesté; ils ont un débiteur, ils le conservent (1). Mais on demande si l'associé pourrait stipuler que le cessionnaire prendra sa place, non-seulement quant à ses droits, mais aussi quant à ses obligations, en ce sens que le cédant ne pourra plus être poursuivi par les créanciers et que ceux-ci n'auront d'action que contre le cessionnaire? Nous croyons qu'une stipulation pareille serait nulle. En effet, on peut céder ses droits, on ne peut pas céder ses obligations; le débiteur ne se libère que par un des modes d'extinction des obligations que le code consacre; il ne peut donc pas se libérer par l'effet d'une convention qu'il ferait avec un tiers; ce serait se libérer par sa seule volonté, et certes ce n'est pas là un mode légal d'éteindre une obligation. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la cession au titre de la *Vente* (t. XXIV, n° 529).

Il y a un arrêt, qui paraît contraire, de la cour de Paris (2). L'espèce différait de celle que nous venons de supposer. Il était dit dans l'acte de société que l'associé qui aurait opéré le transfert de sa part d'intérêt serait libéré

(1) Liége. 12 décembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 252).
(2) Paris, 28 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 2, 244).

de sa part dans les dettes sociales antérieures à ce transfert. Le créancier savait donc, en traitant avec la société, qu'il n'aurait pas d'action, en cas de transfert, contre l'associé cédant, qu'il ne pourrait agir que contre le cessionnaire devenu associé par l'effet du transfert. La question est de savoir si une pareille clause est valable. Oui, dit la cour de Paris, parce que les créanciers ont traité sous cette condition. La cour ne se demande pas si cette condition peut être stipulée. Or, la loi détermine les modes d'après lesquels les obligations s'éteignent; l'associé peut-il stipuler qu'il sera libéré, en dehors de ces modes légaux, en cédant sa part d'intérêt? C'est stipuler que le débiteur sera libéré sans que la dette soit acquittée. Il y a cependant un motif qui justifie la décision de la cour de Paris. Le créancier peut consentir à libérer son débiteur par la substitution d'un nouveau débiteur; ce consentement, il peut le donner d'avance, en traitant avec la société; or, il y consent par cela seul qu'il traite avec la société sous les conditions du pacte social. Cela suppose que le créancier connaissait ces conditions. Il ne suffit pas de dire, comme le fait la cour de Paris, que le créancier a dû les connaître; il n'y a pas de novation sans consentement, et ce consentement ne se présume pas (art. 1273); or, ce serait présumer un consentement qui implique une aliénation, que de dire que le créancier a consenti parce qu'il a dû connaître des conditions auxquelles il est censé avoir souscrit, alors qu'il les ignorait.

341. Si le tiers est un croupier, la difficulté que nous venons d'examiner ne se présente plus. L'associé qui s'associe le croupier reste associé; donc les créanciers conservent tous leurs droits contre lui. Ont-ils une action directe contre le croupier? Non, puisque celui-ci n'est pas associé; mais ils ont une action indirecte du chef de l'associé, leur débiteur, dont ils exercent les droits (article 1166).

342. Autre est la question de savoir si les créanciers de l'associé ont un droit de gage sur la part de l'intérêt que leur débiteur a cédée au tiers. Dans notre opinion, il faut distinguer (n° 337). Si le tiers est un cessionnaire,

sans être associé, il faut appliquer les principes qui régissent la vente. La règle est que les créanciers perdent leur droit de gage dès que le débiteur aliène la chose, mais cette règle reçoit exception quand il s'agit d'une créance; tant que la cession n'est pas signifiée ni acceptée, le cédant reste saisi, et, par suite, le droit de gage de ses créanciers subsiste. Reste à savoir si l'article 1690 est applicable à la cession d'une part de l'intérêt que le débiteur a dans une société. Nous avons examiné la question de principe au titre de la *Vente* (t. XXIV, n^os^ 475 et 476). En supposant que le cessionnaire puisse opposer la cession aux créanciers du cédant, il s'élève une difficulté nouvelle : faut-il que la cession ait date certaine (art. 1328) pour que le cessionnaire puisse l'opposer aux créanciers? La question est de savoir si les créanciers chirographaires sont des tiers dans le sens de l'article 1328; nous l'avons examinée au titre des *Obligations*.

Si la convention intervenue entre l'associé et le tiers est une société, ces questions ne se présentent pas. La mise en société d'une chose ne prive pas les créanciers de leurs droits sur cette chose, seulement ce droit devient un droit indivis. On applique les principes généraux qui régissent les droits des créanciers des associés. Nous les avons exposés ailleurs (1).

(1) Toutes ces questions sont controversées. Voyez, en sens divers, Pont, p. 426, n^os^ 634-637, et les auteurs qu'il cite.

CHAPITRE III.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS A L'ÉGARD DES TIERS.

§ Ier. *Quand la société est-elle obligée à l'égard des tiers?*

343. Dans l'opinion que nous avons enseignée, la société n'est pas un corps moral, une personne civile distincte de la personne des associés; la société, ce sont les associés comme tels. Quand donc on demande comment la société peut être obligée à l'égard des tiers, on demande dans quels cas, sous quelles conditions les engagements contractés par les associés comme tels obligent la société. L'article 1864 répond à la question : « La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant, et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. » Il résulte de cette disposition que plusieurs conditions sont requises pour que la société soit liée par les engagements contractés par un associé. D'abord l'obligation doit être contractée pour le compte de la société. L'associé réunit en lui deux qualités différentes, parce qu'il a des intérêts de nature diverse; il a des intérêts qui lui sont personnels en ce sens qu'ils concernent son patrimoine propre, et il a des intérêts comme associé qui sont relatifs à la société. S'il agit en la première qualité, en son nom personnel et dans l'intérêt de son patrimoine, l'engagement qu'il contracte reste étranger à la société. Le principe est élémentaire, mais l'application peut soulever des difficultés de fait. Quand l'associé déclare qu'il agit en son nom personnel, tout est dit; mais la loi ne l'oblige pas à faire une déclaration

expresse, elle suppose seulement qu'il y a une stipulation portant que l'obligation est contractée pour le compte de la société, elle ne dit pas que cette clause soit requise pour que la société soit obligée. C'est donc un point de fait à constater; le juge décidera d'après les circonstances de la cause. Un associé gérant renouvelle le bail du local où s'exerçait l'industrie de la société; le nouveau bail devait commencer à courir à partir du 1er mars 1868, et la société, contractée à terme, devait finir le 28 février. L'arrêt de la cour d'appel porte que l'associé avait loué pour lui-même; ses associés prétendirent que le bail était fait pour le compte de la société; ils demandèrent, en conséquence, que le droit au bail fût compris dans l'actif social. Cette prétention fut repoussée par la cour de Bordeaux. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet de la chambre civile, et après délibéré en chambre du conseil. Il y avait donc un doute. La cour de cassation constate, d'après l'arrêt attaqué, que le bail passé par le gérant à son profit personnel ne devait commencer à courir qu'après que la société dont il était le gérant aurait pris fin; dans ces circonstances, dit la cour, ledit arrêt a pu décider à bon droit que le bail ne devait pas être réputé avoir été fait dans l'intérêt de la société, ni faire partie de l'actif social à liquider entre les associés (1).

344. Il ne suffit pas que l'associé ait traité comme tel, et pour le compte de la société, pour que celle-ci soit obligée; la société se composant des associés, il en résulte que les associés doivent concourir tous pour que la société soit obligée. Pour peu que les associés soient nombreux, il est impossible que tous figurent personnellement aux contrats qui intéressent la société; ce seraient des retards et des entraves continuels. Mais les associés peuvent aussi s'obliger et, par conséquent, obliger la société par voie de mandat. C'est ce que disent les articles 1864 et 1862, qui ne prévoient pas même le cas où tous les associés passent au contrat. Reste à savoir dans quels cas on peut dire que les associés ont donné pouvoir à l'un d'eux

(1) Rejet, chambre civile (Dalloz, 1870. 1. 350).

d'obliger la société. Le pouvoir est un mandat; le mandant s'oblige par l'intermédiaire du mandataire. C'est ce que dit l'article 1998 : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a été fait au delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. » Ce sont donc les termes du mandat qui décident quel est le pouvoir de l'associé. Faut-il que ce pouvoir soit spécial, de sorte que l'associé n'ait qualité pour obliger la société qu'en vertu du mandat qui l'y autorise? C'est l'avis de Duranton, mais il est resté isolé (1). L'associé gérant est chargé d'administrer; et, à défaut de stipulations spéciales à cet égard, chacun des associés a le pouvoir d'administrer, et la loi ajoute que ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés. Or, il est impossible d'administrer sans s'obliger; donc, par cela seul que les associés ont le pouvoir d'administrer, ils ont le pouvoir de s'obliger, c'est-à-dire d'obliger la société. Dans quelles limites? Il faut consulter le mandat qui leur a été donné, et, à défaut de mandat exprès, les dispositions de l'article 1859.

Tels sont les principes; c'est le droit commun. La jurisprudence applique à la société les principes que nous exposerons au titre du *Mandat*. Il a été jugé que les effets souscrits par le gérant en vertu du pouvoir qui lui est conféré par l'acte social obligent la société. Dans l'espèce, il se présentait un motif de douter. La société avait été dissoute, et le gérant avait été nommé liquidateur avec des pouvoirs plus restreints qui ne lui permettaient plus d'obliger la société en souscrivant des effets. Mais, ces mesures ayant été tenues cachées, il fallait donc appliquer aux tiers de bonne foi les articles 2005 et 2009 : la révocation du mandat était considérée à leur égard comme non avenue (2).

345. On applique encore les principes généraux du mandat à l'associé mandataire, en ce qui concerne les

(1) Duranton, t. XVII, p. 498, n° 447. En sens contraire, tous les auteurs (Pont, p. 433, n° 647).
(2) Rejet, 27 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 483).

conséquences de l'engagement qu'il contracte. Le mandataire ne s'oblige pas personnellement, il oblige le mandant. Il en est de même de l'associé mandataire, il oblige la société; il n'est donc obligé par les engagements qu'il contracte que comme associé, c'est-à-dire pour sa part virile (art. 1863) (1). Cela suppose que l'associé a agi dans les limites de son mandat; quand il les dépasse, il est sans pouvoir, et, par suite, il n'oblige plus la société, à moins que l'engagement n'ait tourné au profit de la société (art. 1862); nous reviendrons sur ce point. L'associé sera-t-il, dans ce cas, obligé personnellement? L'article 1864 semble le dire : « La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société *ne lie que l'associé contractant*, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir. » Mais il ne faut pas faire dire à une loi ce qu'elle n'a pas entendu décider. Au titre de la *Société*, le code ne détermine pas les effets du mandat, il décide seulement dans quels cas la société est obligée; c'est au titre du *Mandat* que se trouvent les règles qui régissent les engagements du mandataire. Or, l'article 1997 décide notre question en ces termes : « Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au delà, s'il ne s'y est personnellement soumis. » Le mandataire qui excède les bornes de son mandat n'est donc tenu personnellement que lorsqu'il n'a pas donné connaissance de ses pouvoirs. La jurisprudence est en ce sens (2); il est inutile de rapporter les décisions, puisque la question est tranchée par le texte de la loi.

346. La société peut être obligée, quoique l'associé ait agi en son nom sans pouvoir; c'est, dit l'article 1864, quand la chose a tourné à son profit. Est-ce une dérogation aux principes, comme on le dit (3)? D'après l'article 1998, le mandant n'est tenu de ce que le mandataire

(1) Bruxelles, 16 avril 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 263).
(2) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Société*, n° 605. Comparez Pont, p. 432, n° 646.
(3) Pont, *De la société*, p. 434, n° 648.

a fait sans pouvoir qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. On en conclut que l'article 1864 déroge à l'article 1998. A vrai dire, il n'y a pas dérogation, ce sont deux hypothèses différentes régies par des principes différents. Quand le maître ratifie ce qui a été fait en son nom, mais sans pouvoir; cette ratification équivaut à un mandat, et, par suite, on applique tous les principes qui régissent le mandat. L'article 1864 ne suppose pas qu'il y ait ratification, il n'y a donc pas de mandat; c'est une gestion d'affaires, irrégulière, en ce sens que l'associé n'agit pas dans les circonstances où il y a lieu à une gestion d'affaires; la société a toujours un mandataire quelconque, c'est à celui-là d'agir; les associés non mandataires n'ont aucune qualité d'agir pour une société qui est régulièrement représentée par un mandataire. Si cependant il agit et que l'acte soit profitable à la société, la loi valide l'acte, mais seulement dans une certaine mesure, en tant que la société a profité; elle donne donc action à l'associé; mais ce n'est pas l'action du mandat, c'est une action moins favorable, que l'on appelle l'action *de in rem verso*; nous en avons traité au chapitre des *Quasi-contrats*; c'est une espèce de gestion d'affaires, donc un quasi-contrat; il en naît une obligation fondée sur l'équité. L'associé a agi au nom de la société sans pouvoir, il ne l'oblige pas; mais l'équité s'oppose à ce que la société s'enrichisse à ses dépens; la loi la déclare obligée en tant qu'elle s'est enrichie. La cour de cassation a fait l'application de ces principes aux emprunts contractés par le gérant d'une société en commandite sous la raison sociale, mais en dehors de ses pouvoirs; il a été décidé que la société est obligée par ces emprunts dès qu'il est constaté en fait qu'ils avaient tourné à son profit (1). Il en résulte que le prêteur a action contre la société à la condition de prouver que la chose a profité à la société, et il n'a action que dans la mesure du profit que la société a retiré; tandis que s'il y avait mandat, le prêteur aurait action, quand même l'emprunt n'aurait pas profité à la société.

(1) Rejet, 7 juillet 1868 (Dalloz, 1869, 1, 319).

347. Nous avons supposé que l'associé, quoique sans pouvoir, a agi au nom de la société. C'est la supposition de la loi. L'article 1864 commence par dire que la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie pas la société; puis elle ajoute : « à moins que les autres associés ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. » Donc, dans les deux cas où la société est obligée par l'engagement d'un associé, il faut que celui-ci ait agi au nom de la société ou pour son compte. Alors même qu'il aurait pouvoir d'obliger la société, il ne l'obligerait point s'il contractait en son nom personnel; cela est certain. Il est tout aussi certain, si l'on s'en tient au texte, que l'associé n'oblige pas la société quand il contracte en son nom personnel, quoique cet engagement profite à la société; dans ce cas, l'associé aura une action contre la société à raison du profit qu'il lui a procuré; mais le tiers créancier n'aura pas d'action contre la société, il ne peut pas avoir d'action contre une société avec laquelle il n'a pas entendu traiter.

Cette question est cependant très-controversée; ce qui prouve, comme nous l'avons dit bien des fois, le peu de respect que les interprètes ont pour le texte. Merlin (1) nous oppose des lois romaines; il est si bien l'homme de la tradition, qu'il oublie que cette tradition n'est plus que de l'histoire lorsque le code a parlé. Il se trompe même sur la tradition qu'il invoque; la tradition, pour les auteurs du code Napoléon, n'est pas le Digeste, c'est Pothier. Or, en parlant des sociétés de commerce en nom collectif, Pothier dit : « Lorsque l'un des associés ne paraît pas avoir contracté *au nom de la société*, mais *en son nom seul*, quoique le contrat eût tourné au profit de la société, *puta* si, ayant emprunté en son nom seul une somme d'argent pour ses affaires, il l'a employée aux affaires de la société, celui qui a contracté avec cet associé n'aura pas pour cela d'action contre les autres associés. » Pothier

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Société*, § II, suivi par Duranton, Duvergier, Zachariæ.

applique ensuite le même principe aux sociétés civiles : « Lorsque c'est *en son nom seul* que l'un des associés a contracté, il n'est pas douteux, en ce cas, qu'il est *seul obligé envers le créancier* avec qui il a contracté. » Donc la société n'est pas obligée. Il en est ainsi quand même la dette a tourné au profit de la société : envers qui la société sera-t-elle tenue? Pothier répond que « l'*associé* peut se faire indemniser de cette dette par les associés pour la part qu'ils en doivent porter, lorsqu'elle a tourné au profit de la société (1). »

Merlin invoque encore la maxime d'équité sur laquelle est fondée l'action *de in rem verso* : la société ne peut pas s'enrichir aux dépens d'autrui. Nous admettons la maxime, mais il faut voir à qui elle s'applique. Quand un associé fait un emprunt, et que cet emprunt est versé dans la société, qui procure ce bénéfice à la société? est-ce l'emprunteur ou est-ce le prêteur? C'est certainement l'emprunteur, car, au moment où la société profite des deniers, ces deniers sont devenus la propriété de l'emprunteur ; c'est par son fait qu'ils profitent à la société, et non par le fait du prêteur ; c'est donc l'associé qui doit avoir une action contre la société, ce n'est pas le créancier. Les principes de droit sont en harmonie avec l'équité. Pothier dit très-bien qu'un créancier n'a d'action que contre celui avec qui il a contracté, et non contre ceux qui ont profité du contrat. Le créancier qui a traité avec un associé n'a d'action que contre son débiteur ; il ne peut pas avoir d'action contre la société, avec laquelle il n'a pas voulu traiter, sauf à agir contre la société au nom de son débiteur, si celui-ci a une action contre la société (2).

La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Une cour d'appel avait mis à la charge de la société des fournitures faites par un tiers à un associé, lequel avait traité en son nom personnel ; elle se fondait sur ce que la société en avait bénéficié et sur ce qu'elle en connaissait l'origine. La cour de cassation répond, quant à la connaissance que

(1) Pothier, *De la société*, nos 101 et 105.
(2) Pont, p. 435, nos 451 et 452, et les auteurs qu'il cite.

la société a pu avoir de l'origine des marchandises versées dans son actif par un de ses membres, qu'il n'a pu résulter de cette simple connaissance aucun contrat ni quasi-contrat, aucun lien de droit susceptible d'obliger la société envers la personne de qui l'associé avait tenu les marchandises. Quant au bénéfice que la société aurait fait, il n'a pas non plus pu créer contre elle une action au profit du vendeur originaire, qui n'a aucunement traité avec elle; les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; le créancier n'a d'action que contre celui avec qui il a traité, et non contre les tiers qui ont pu profiter des suites d'un contrat dans lequel ils n'ont pas été parties(1). Dans un arrêt postérieur, la cour de cassation établit nettement le principe en se fondant sur le texte de l'article 1864. Aux termes des articles 1862 et 1864, les associés qui n'ont pas figuré dans un contrat, et qui n'ont pas donné pouvoir d'y comparaître pour eux, ne sont engagés par l'associé contractant que sous les deux conditions suivantes : 1° qu'il soit stipulé que l'obligation est contractée pour le compte de la société; 2° que la chose ait tourné au profit de la société. L'une de ces conditions venant à défaillir, les associés non contractants ne sont aucunement liés envers le tiers à l'égard duquel l'associé contractant s'est engagé; par suite, ce tiers n'a aucune action contre eux (2).

§ II. *Comment les associés sont-ils tenus?*

348. La loi commence par établir le principe que les associés ne sont pas tenus solidairement. « Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales » (art. 1862). C'est le droit commun dans les obligations civiles. Aux termes de l'article 1202, la solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée, ou qu'elle soit établie par une disposition de la loi. Quand donc la société est obligée par l'engagement que l'un des associés

(1) Cassation, 12 mars 1850 (Dalloz, 1850, 1, 86).
(2) Cassation, 16 février 1853 (Dalloz, 1856, 1, 47).

a contracté en son nom, l'obligation se divise entre les associés.

349. Cette règle reçoit-elle des exceptions? On admet généralement que les sociétés civiles peuvent être contractées dans une forme commerciale; si la forme adoptée par les associés les soumet à la solidarité, il en résultera que les associés seront tenus solidairement à l'égard des tiers, comme ils le seraient si la société était commerciale. Nous renvoyons, quant aux principes, à ce qui a été dit plus haut (nos 218, 220 et 223). L'application de ces principes à la solidarité ne souffre guère de difficulté. Les associés qui contractent avec un tiers peuvent s'engager solidairement; s'ils le peuvent en contractant, ils peuvent aussi se soumettre à la solidarité dans leur pacte social; c'est une garantie qu'ils offrent aux tiers, et sous la foi de laquelle les tiers traitent avec la société. Or, cet engagement et cette offre résultent de l'adoption d'une forme commerciale qui, aux yeux des tiers, implique qu'ils auront une action solidaire contre les associés. Les tiers seraient trompés si, croyant traiter avec des associés tenus solidairement, ceux-ci pouvaient se prévaloir du caractère civil de la société pour invoquer le bénéfice de l'article 1862; si les associés veulent jouir du bénéfice de la règle, ils ne doivent pas constituer la société dans une forme qui suppose une exception à la règle. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

350. Il y a un second cas dans lequel les associés peuvent être poursuivis pour le tout, c'est quand l'obligation contractée en leur nom est indivisible. Les auteurs et les arrêts disent que, dans ce cas, les associés sont tenus solidairement; l'expression au moins est incorrecte, car l'indivisibilité d'une obligation ne la rend pas solidaire. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur cette confusion, au titre des *Obligations*. La confusion est plus grande encore quand il s'agit d'apprécier les caractères de l'indivisibilité; nous avons signalé à plusieurs reprises les erreurs de la jurisprudence en cette matière; il est inutile de re-

(1) Pont, p. 438, n° 655. Aix, 4 juin 1868 (Dalloz, 1869, 2, 242).

nouveler cette critique à propos d'un contrat dans lequel il arrivera certes bien rarement, si toutefois cela arrive, que les dettes soient indivisibles. Il y a cependant des arrêts qui ont admis l'indivisibilité et, par suite, l'action pour le tout contre les associés; à notre avis, les obligations n'étaient pas indivisibles (1); nous renvoyons le lecteur aux arrêts et aux principes que nous avons établis ailleurs.

351. Les dettes sociales se divisent entre les associés. Reste à savoir pour quelle part chacun d'eux est tenu. L'article 1863 répond à la question : « Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part. » Ainsi les associés sont tenus des dettes pour une part virile; donc, s'ils sont deux, chacun pour moitié, quoique, d'après l'acte de société, l'un ne doive supporter que le tiers des dettes, tandis que l'autre en supporte les deux tiers. C'est l'application des principes généraux qui régissent les dettes divisibles : quand il y a plusieurs débiteurs, chacun d'eux est tenu pour sa part et portion virile. On suppose que l'intérêt des débiteurs dans l'obligation qu'ils contractent est le même; s'il est différent, c'est à eux de le dire; le créancier ne peut pas le deviner, et il pourrait ne pas consentir à traiter avec cet effet que les associés seraient tenus inégalement.

Comme la part des associés dans les bénéfices et dans les pertes est proportionnelle à leur mise (art. 1853), il arrivera souvent que la part virile pour laquelle les associés sont tenus à l'égard des créanciers n'est point la part réelle pour laquelle ils contribuent aux dettes entre eux. On demande pourquoi la loi ne tient pas compte de la part véritable, telle qu'elle est fixée par le contrat social. Pothier répond que le créancier qui traite avec les associés n'est pas obligé de savoir quelle part ils ont chacun

(1) Bruxelles, 28 novembre 1806 (Sirey, II, 2, 177). Rejet, 10 décembre 1845 (Sirey, 1846, 1, 623). Comparez Pont, p. 439, n° 655.

dans la société. Le rapporteur du Tribunat reproduit ce motif : « Le tiers qui contracte avec les associés *étant toujours censé ignorer leurs conventions particulières*, peut demander à chacun d'eux une part égale de sa créance, à moins qu'il n'ait été averti par la convention même que l'un des associés avait une part moindre que les autres, *et qu'il n'entendait s'engager qu'en proportion de sa part* (1). »

352. Le texte, ainsi motivé, conduit à une conséquence importante, c'est que les associés restent tenus de leur part virile alors même que le tiers aurait connaissance du pacte social qui attribue aux associés des parts différentes; pour qu'ils soient obligés à l'égard du créancier, conformément à l'acte de société, ils doivent le stipuler; c'est une exception à la règle, et toute exception doit être stipulée formellement (2). Cela est conforme aux principes généraux de droit. Il en résulte une différence remarquable entre la société civile et la communauté entre époux, qui est aussi une société. Les conventions matrimoniales ont effet à l'égard des tiers; ils en profitent et on peut les leur opposer; nous en avons dit la raison au titre du *Contrat de mariage*. De là suit que les époux sont tenus des dettes à l'égard des tiers dans la proportion de leur part telle qu'elle est fixée par les conventions matrimoniales, donc tantôt pour moitié, tantôt pour plus ou moins que la moitié; tandis que les associés sont toujours tenus pour leur part virile. La raison de cette différence est que les motifs pour lesquels la loi donne effet au contrat de mariage à l'égard des tiers ne reçoivent pas d'application à la société ordinaire.

353. Les associés sont-ils aussi tenus pour une part virile lorsque le créancier agit contre eux en vertu de l'action *de in rem verso?* Non, cela résulte du texte de l'article 1863 et de la nature même de cette action. La loi établit le principe de la part virile pour le cas où les associés contractent avec le tiers créancier, et il ne se con-

(1) Pothier, *De la société*, n° 41. Boutteville, Rapport, n° 18 (Locré, t. V, p. 251).

(2) Duvergier, p. 478, n° 391. Pont, p. 441, n° 661.

çoit que dans ce cas ; en effet, il suppose un contrat intervenu entre les associés et le tiers, contrat dans lequel les associés peuvent stipuler qu'ils seront tenus d'après leur part contributoire ; c'est dans le silence du contrat qu'ils sont tenus pour une part virile. Or, quand le créancier agit contre les associés à raison du profit qu'ils ont tiré de la convention, les associés ne sont pas intervenus dans l'engagement ; ils n'ont donc pas pu stipuler pour quelle part ils y seraient tenus. La nature de l'action *de in rem verso* conduit à cette conséquence que les associés sont obligés chacun à raison du profit qu'ils retirent de l'engagement. C'est la société, dit l'article 1864, qui est tenue à raison du profit et, par conséquent, jusqu'à concurrence du profit que l'engagement lui procure. Or, la société, ce sont les associés. Donc chaque associé est obligé dans la mesure du bénéfice qu'il fait. La cour de cassation dit très-bien que si les associés étaient tenus pour une part virile, l'action *de in rem verso* serait, dans ses effets, étendue au delà de sa cause, puisque, loin de s'enrichir, les associés seraient dans le cas de payer, en pure perte, la dette d'autrui (1). Telle est aussi l'opinion de tous les auteurs (2).

§ III. *Droits des créanciers.*

N° 1. CRÉANCIERS DES ASSOCIÉS

354. Les créanciers ont pour gage tous les biens de leur débiteur ; si le débiteur est associé, l'intérêt qu'il a dans la société fait partie de son patrimoine ; il est donc compris dans le gage que les créanciers ont sur ses biens. Mais les créanciers ont-ils sur cet intérêt de leur débiteur dans la société le même droit que celui qu'ils exercent sur les autres biens de leur débiteur? Le droit de gage que la loi accorde aux créanciers se réalise par la saisie, la vente forcée et la distribution du prix entre les saisissants. Les créanciers peuvent-ils aussi saisir l'intérêt que

(1) Rejet, 18 mars 1824 (Dalloz, au mot *Société*, n° 622).
(2) Voyez les citations dans Pont, p. 440, n° 659.

le débiteur a dans la société et le faire vendre? L'affirmative est certaine; c'est le droit commun, et la loi n'y déroge pas. Mais il faut voir à quoi aboutira la saisie? L'adjudicataire est un acheteur sur vente forcée, comme le cessionnaire est un acheteur sur vente volontaire; les droits de l'adjudicataire seront donc ceux d'un cessionnaire. Or, l'article 1861 dit que l'associé peut bien céder son intérêt et associer un tiers à sa part, mais qu'il ne peut pas l'associer à la société; le cessionnaire reste étranger à la société, il ne peut pas s'immiscer dans les affaires sociales, il ne peut pas provoquer la dissolution de la société, ni le partage du fonds commun; il peut seulement exercer les droits de l'associé dont il est le croupier quant à la part d'intérêt pour laquelle il est associé, ou réclamer comme cessionnaire les droits qui appartiennent au cédant. Telle sera aussi la situation de l'adjudicataire. Il devra attendre la dissolution de la société pour en demander la liquidation et le partage (1). Peut-il, si l'associé, dont il est le croupier ou le cessionnaire, devient insolvable, se prévaloir de la dissolution qui résulte de la déconfiture de l'un des associés et demander, en conséquence, la liquidation et le partage? Nous reviendrons sur cette question.

355. Il suit de là que les créanciers d'un associé n'ont pas, sur l'intérêt qu'il a dans la société, des droits aussi étendus que ceux qu'ils ont sur les autres biens de leur débiteur. Cela tient à la nature même de l'intérêt social. Le débiteur peut, en général, disposer de ses biens comme il l'entend; tandis qu'il n'a point la libre disposition de l'intérêt qu'il a dans une société. Il ne peut pas céder son intérêt avec cet effet que le cessionnaire deviendra associé; d'un autre côté, il ne peut pas lui-même demander le partage du fonds commun avant la dissolution de la société, et il ne peut provoquer cette dissolution que dans les cas prévus par la loi. La raison en est que l'intérêt que l'associé a dans la société lui appartient en vertu

(1) Aubry et Rau, t. IV. p. 559 et suiv., § 381. Paris, 13 août 1834 (Dalloz, au mot *Société*, n° 635).

d'une convention qui lui impose des obligations, et il ne peut pas se dégager de ces obligations en cédant son droit. Il ne lui est pas permis de déroger au pacte social, pas plus que de le rompre, et les créanciers ne peuvent pas avoir plus de droits que leur débiteur.

La cour de cassation a conclu de là que les créanciers d'un associé ne peuvent apporter aucun obstacle à l'exercice des droits des autres associés. En principe, cela est incontestable. Les choses mises en commun sont affectées à une certaine destination qui forme l'objet de la société; ni l'associé ni ses créanciers ne peuvent entraver la marche de la société et ses opérations, sinon il n'y aurait pas de société possible. Les créanciers peuvent saisir-arrêter les créances qui appartiennent à leur débiteur. Peuvent-ils aussi pratiquer une saisie-arrêt sur une créance sociale? La cour de cassation a décidé que la saisie n'empêchait pas le tiers saisi de payer aux autres associés leur part dans la créance; le seul effet de la saisie est donc d'arrêter le payement de ce qui doit revenir à l'associé débiteur dans la créance (1). Si la saisie arrêtait le payement de ce qui est dû aux autres associés, elle porterait atteinte aux droits de la société, ses opérations seraient entravées, les créanciers d'un associé n'ont pas plus ce droit que l'associé lui-même; l'associé doit remplir les obligations qui lui incombent à ce titre, et ses créanciers ne peuvent exercer ses droits qu'en tenant compte de ses obligations.

356. L'associé est copropriétaire par indivis des choses qui composent le fonds social. Quels sont les droits de ses créanciers sur ce fonds? Ici encore il faut appliquer le principe que les créanciers n'ont pas d'autre droit que leur débiteur. L'associé a un droit indivis restreint par le droit égal des autres associés, droit qu'il ne peut pas réaliser tant que dure la société, et il ne lui appartient pas d'en provoquer la dissolution. Le droit des créanciers est soumis aux mêmes restrictions. Peuvent-ils saisir les biens indivis et les faire vendre tant que la société dure? Non, car ce serait provoquer la dissolution de la société; et ils

(1) Cassation, 11 mars 1806 (Dalloz, au mot *Société*, nº 634).

ne peuvent pas, au nom de leur débiteur, exercer un droit que celui-ci n'a point. Ils doivent attendre la dissolution de la société pour en demander la liquidation et le partage ; ils exerceront ensuite leurs droits sur les biens mis au lot de leur débiteur ; celui-ci n'a jamais eu de droit sur les autres biens mis dans le lot de ses coassociés. Cela prouve qu'avant le partage les créanciers ne peuvent pas saisir les biens qui composent le fonds social, car ils saisiraient des biens sur lesquels leur débiteur n'a jamais eu aucun droit.

Ainsi même après la dissolution de la société, et avant le partage de la masse, les créanciers ne peuvent pas agir sur les biens qui composent la masse ; ils ne le pourraient pas quand même ils auraient un droit réel sur les objets dont ils demanderaient le partage. Tel serait le cas où un associé vendrait sa part indivise dans un objet social. Cette vente ne donne aucun droit actuel à l'acheteur, par la raison que l'existence même de la vente est subordonnée au résultat du partage ; si la chose est mise au lot d'un associé non vendeur, la vente tombe ; il est donc impossible qu'avant le partage, l'acheteur, pas plus que tout autre créancier, agisse sur le fonds commun ; c'est seulement par le partage que les droits de leur débiteur seront déterminés, et avant qu'ils soient déterminés, les créanciers sont dans l'impossibilité d'agir. Le seul droit qu'ils puissent exercer, après la dissolution de la société, c'est de demander la liquidation et le partage au nom de leur débiteur.

Ces principes découlent de la nature du droit qui appartient à l'associé et, par conséquent, à ses créanciers. On peut l'appuyer par analogie sur l'article 2205. Après avoir dit que le créancier peut poursuivre l'expropriation des biens immobiliers de son débiteur, la loi ajoute : « Néanmoins la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer s'ils le jugent convenable, ou dans lequel ils ont le droit d'intervenir, conformément à l'article 882. » Le motif de décider est le même dans tous

les cas où il y a indivision, que l'indivision résulte d'une société ou d'une succession. Il est impossible de saisir et d'exproprier comme biens du débiteur des biens qui lui appartiennent par indivis, car si les biens tombaient au lot d'un de ses copropriétaires, il en résulterait que les créanciers auraient exproprié un bien sur lequel leur débiteur est censé n'avoir jamais eu aucun droit. Il faut donc, avant que l'on puisse procéder à l'expropriation, que l'indivision cesse par le partage, sauf aux créanciers à intervenir au partage, pour veiller à ce qu'il ne se fasse pas en fraude de leurs droits (1).

Nº 2. CRÉANCIERS DE LA SOCIÉTÉ.

357. Quand la société est obligée, le créancier a action contre tous les associés, car, dans notre opinion, la société, ce sont les associés. Tel est aussi le langage du code. Le chapitre III est intitulé : « Des engagements *des associés* à l'égard des tiers; » la loi ne parle pas des engagements de la *société*. C'est que, dans le système du code, la société ne forme pas un être moral distinct des associés. Il n'y a donc pas de société débitrice, il y a des associés débiteurs. C'est en ce sens que l'article 1862 dit que l'un des associés ne peut obliger les autres que si ceux-ci lui en ont conféré le pouvoir; donc quand l'un des associés a le pouvoir d'obliger les autres, ceux-ci se trouvent obligés personnellement par les engagements que l'associé a contractés en leur nom; il n'est pas question d'une société obligée. L'article 1863 décide que les associés, obligés comme tels, sont tenus à l'égard des créanciers pour une part virile, ce qui implique que le créancier poursuit les associés, et non un être moral distinct des associés. Enfin l'article 1864 répète ce qu'avait déjà dit l'article 1862, c'est que l'associé qui contracte pour le compte de la *société* lie les *associés* quand ceux-ci lui en ont donné le pouvoir ou que la chose a tourné au

(1) Duranton, t. XVII, p. 495, nº 445. Aubry et Rau, t. IV, p. 560 et suiv., § 381. Paris, 10 juin 1869 (Dalloz, 1870, 1, 304).

profit de la *société*. Ainsi, quoique l'engagement ait été contracté pour le compte de la *société*, ou lui ait profité, ce n'est pas la société qui est débitrice, ce sont les associés qui se trouvent liés.

358. De ce que les créanciers de la société sont créanciers des associés, faut-il conclure qu'il n'y a aucune différence entre les créanciers de la société et les créanciers personnels des associés? Nous appelons créanciers personnels de l'associé ceux qui n'ont pas traité avec lui en sa qualité d'associé. Peu importe quelle est la cause de l'obligation, que ce soit une dette sociale, ou une dette propre à l'associé, toujours est-il que l'associé est obligé personnellement dans l'une et l'autre hypothèse. Donc tous les créanciers, sociaux ou autres, sont les créanciers personnels des associés. Est-ce à dire qu'il faille appliquer aux créanciers de la société ce que nous venons de dire des créanciers des associés? (n^os^ 354-356). Il y a des différences, mais il importe de les préciser; à notre avis, on les a exagérées pour en déduire des conséquences qui nous paraissent inadmissibles.

C'est l'article 1861 qui est le siége du débat. On s'en est prévalu pour établir une différence radicale entre les créanciers de la société et les créanciers des associés, en donnant aux premiers une préférence sur les seconds. Nous croyons que l'article 1861 doit être écarté du débat. Il suppose que l'un des associés s'associe un croupier, ou qu'il cède sa part en tout ou en partie; le croupier et le cessionnaire ne sont pas des créanciers proprement dits, ce sont des sous-associés, à l'égard de l'associé qui a traité avec eux; pendant la durée de la société, ils n'ont aucune action sur le fonds social, puisque la loi ne les considère pas comme associés. Il ne peut donc y avoir aucun contact ni aucun conflit entre le croupier ou le cessionnaire et les créanciers de la société. Ce que le code dit des croupiers ou cessionnaires ne concerne pas les créanciers soit de la société, soit des associés; on ne peut donc pas invoquer l'article 1861 pour en induire que les créanciers de la société ont des droits qui n'appartiennent pas aux créanciers des associés, et que dans le con-

flit de ces créanciers, la préférence appartient aux créanciers de la société.

359. Nous faisons abstraction de l'article 1861, et nous demandons quels sont les droits des créanciers de la société. Ils sont créanciers des associés; ceux-ci ont un patrimoine qui leur est propre, et ils ont un droit indivis dans la société. Les créanciers de la société ont pour gage les biens propres des associés, puisque ceux-ci sont leurs débiteurs personnels; sur ce patrimoine leurs droits sont absolument les mêmes que ceux des créanciers particuliers des associés : cela n'est point douteux. Les créanciers de la société ont encore pour gage les droits indivis qui appartiennent aux associés dans la société. Y a-t-il, sous ce rapport, une différence entre les créanciers sociaux et les créanciers des associés? Leurs droits sont plus étendus, en ce sens qu'ils sont créanciers de tous les associés, tandis que les créanciers des associés n'ont pour débiteur que celui des associés avec lequel ils ont traité. De là une conséquence très-importante. Les créanciers d'un associé ne peuvent rien faire qui nuise aux autres associés; ils ne peuvent pas pratiquer une saisie-arrêt sur une créance sociale, au préjudice des associés qui ne sont pas leurs débiteurs (n° 355). Cette restriction ne reçoit pas d'application aux créanciers de la société, puisqu'ils ont pour débiteurs tous les associés. Voilà une différence entre les créanciers sociaux et les créanciers des associés. Il y en a encore une autre. Les créanciers des associés ne peuvent agir sur la part indivise de leur débiteur dans les choses sociales, parce qu'on ne sait pas quels sont les biens qui appartiennent à leur débiteur; le partage seul les déterminera (n° 356). En est-il de même des créanciers sociaux? Non, car il est certain que tous les biens de la société sont leur gage; peu importe donc que ces biens soient indivis, ils sont dans le patrimoine de leurs débiteurs, donc les créanciers peuvent les saisir et exproprier; ils saisissent et exproprient des biens qui sont la propriété de leurs débiteurs. Aucun d'eux ne peut objecter aux créanciers qu'ils poursuivent des biens qui ne lui appartiennent pas, et qu'ils doivent attendre le partage; les

créanciers leur répondraient que les biens appartiennent en tout cas à tous les associés, donc à tous leurs débiteurs; ils sont donc leur gage et ils peuvent le réaliser.

360. Voilà des différences entre les créanciers sociaux et les créanciers des associés. En faut-il conclure que les créanciers sociaux ont un droit de préférence sur les créanciers des associés? A notre avis, non. L'article 2093 porte : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » Quelles sont ces causes légitimes de préférence? L'article 2094 répond : les hypothèques et les priviléges. Dans l'espèce, il n'est question ni de priviléges ni d'hypothèques. Il y a concours de créanciers, tous personnels, quoique la cause de leur obligation soit différente; or, entre les créanciers personnels, le produit des biens se distribue par contribution.

Y a-t-il un motif pour ne pas appliquer le principe de l'article 2093 au concours des créanciers sociaux et des créanciers personnels des associés? Il y aurait une raison décisive de ne pas l'appliquer si la société formait une personne civile, distincte des associés. Dans cette opinion, les créanciers des associés ne pourraient pas concourir avec les créanciers de la société, parce qu'ils ne seraient pas créanciers de la société; les créanciers de la société auraient donc seuls pour gage les biens de la société; en ce sens, ils seraient préférés aux créanciers des associés sur les biens sociaux, mais en réalité il n'y aurait pas une de ces causes légitimes de préférence, dont parle l'article 2093, car il ne peut être question de préférence entre créanciers qui ne concourent pas, parce qu'ils ont des débiteurs différents. Cette théorie est admise pour les sociétés de commerce qui sont considérées comme personnes civiles (1); et ceux qui admettent que les sociétés civiles ont une personnalité distincte de celle des associés, appliquent la même doctrine aux créanciers sociaux et aux créanciers des associés (2). Par contre, ceux qui n'admet-

(1) Voyez les sources dans Pont, p. 97, nº 125.
(2) Voyez les auteurs cités par Pont, p. 445, note 3.

tent pas la personnification des sociétés civiles rejettent la conséquence qui en découle; ils mettent sur la même ligne les deux catégories de créanciers, et leur appliquent le principe de l'article 2093 (1).

On prétend que les différences qui existent entre les créanciers sociaux et les créanciers des associés conduisent nécessairement à une préférence des premiers sur les seconds (2). Nous croyons que c'est exagérer ces différences, car c'est aboutir à créer un droit de préférence entre des créanciers qui ont le même débiteur, sans qu'il y ait entre eux une des causes légitimes de préférence admises par la loi; ce qui serait violer l'article 2093. Le seul moyen de justifier une préférence serait de considérer les créanciers des associés comme n'étant pas créanciers de la société, ce qui rétablirait la personnification civile de la société. Dira-t-on que le code, peu logique et se souciant peu de la rigueur romaine, a admis une conséquence de la personnalité, tout en la rejetant? Cela même n'est pas exact. Le code ne connaît pas de créanciers de la société, il ne connaît que des créanciers des associés (n° 357); il ne fait aucune distinction entre ceux qui traitent avec la société et ceux qui traitent avec un associé, tous sont également des créanciers personnels des associés, tous doivent donc avoir les mêmes droits; si les créanciers de la société ont pour gage le patrimoine social et le patrimoine propre des associés, les créanciers des associés ont pour gage les mêmes patrimoines. Seulement, il y a une différence. Les créanciers des associés ne peuvent pas saisir les biens sociaux, tandis que les créanciers sociaux ont ce droit. Dira-t-on que de là résulte précisément le droit de préférence des créanciers sociaux, au moins pendant la durée de la société? En apparence, oui; en réalité, non. Supposons que les créanciers sociaux saisissent les biens de la société et les

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 566, note 7, § 383. Comparez Cassation, 11 mai 1870 (Dalloz, 1870, 1, 405).

(2) Thiry, *Du rapport existant dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers* (*Revue critique*, t. VII, 5e année, p. 289). Pont s'est rallié à cette opinion, p. 445 et suiv. Aubry et Rau la rejettent sans la combattre directement.

fassent vendre; auront-ils un droit exclusif sur les deniers provenant de la vente? Non, les créanciers des associés se présenteront à la distribution et ils seront colloqués. Pourquoi les admettons-nous à la contribution, alors que nous ne leur permettons pas la poursuite? Parce que le motif pour lequel ils ne pouvaient agir sur les biens sociaux vient à cesser, une fois que les biens se distribuent entre les créanciers. S'il n'y a plus rien d'indivis entre les associés, puisque les biens indivis sont vendus, les deniers appartiennent aux créanciers; or, parmi ces créanciers se trouvent les créanciers des associés. Les exclure, c'est leur enlever une partie de leur gage, car une partie des biens vendus appartenait à l'associé, leur débiteur; de quel droit les créanciers sociaux les priveraient-ils de ce gage que la loi leur donne?

Dans l'opinion que nous combattons, on admet que les créanciers sociaux n'ont de préférence sur les créanciers des associés que pendant la durée de la société. Après la dissolution de la société, tous les créanciers sont mis sur la même ligne et exercent les mêmes droits. Cela n'est pas douteux, mais la différence que l'on établit entre les deux hypothèses ne témoigne-t-elle pas contre la doctrine qui l'admet? Quoi! les créanciers sociaux ont un droit de préférence ou ils n'en ont pas, selon qu'ils agissent pendant la durée de la société, ou après la dissolution! Conçoit-on un droit de préférence temporaire et accidentel? Car la dissolution de la société dépend d'un accident, de la mort de l'un des associés, de son interdiction, de sa déconfiture. Un créancier agit contre la société. Pendant l'instance, la société se dissout. Aura-t-il un droit de préférence? Si on le lui accorde, on se met en opposition avec l'article 2093 et avec la doctrine même qui le lui refuse après la dissolution de la société. Le lui refuse-t-on, on se met en contradiction avec cette même doctrine et avec le principe qui fait rétroagir les jugements au jour de la demande. Une doctrine aussi pleine de contradictions ne pourrait être admise que si elle était expressément établie par la loi. Or, elle n'a d'autre base légale que des inductions tirées de l'arti-

cle 1861, et cet article ne parle pas même des créanciers (n° 358). C'est donc une doctrine extra-légale, nous la récusons à ce titre.

361. Il se présente encore une difficulté dans cette difficile matière; mais il faut avouer que si elle est difficile, c'est que les interprètes ont imaginé des théories que le code ignore. On demande si les débiteurs de la société peuvent lui opposer en compensation ce que les associés leur doivent. Si l'on s'en tient au texte et à l'esprit de la loi, la décision n'est pas douteuse. La société, ce sont les associés; dire que la société est obligée, c'est dire que les associés le sont (n° 357); par identité de raison, quand je suis débiteur de la société, je suis débiteur des associés. Ce n'est donc jamais la société, comme telle, qui est créancière ou débitrice, ce sont les associés; dès lors les dettes sociales peuvent se compenser avec les dettes des associés, puisque les dettes sociales sont les dettes des associés (t. XVIII, n° 430).

Qu'oppose-t-on à cette doctrine? On dit que la société est un être moral; c'est cette personne civile qui est créancière ou débitrice, ce ne sont pas les associés; donc quand je suis débiteur de la société, je ne puis pas opposer en compensation ce qu'un associé me doit, car la société et l'associé sont deux personnes différentes; je ne suis donc pas dans les termes de la compensation (1). Nous avons rejeté la théorie de la personnification; elle n'a d'appui ni dans la tradition, ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi. Si la théorie est fausse, la conséquence que l'on en déduit tombe par cela même.

On objecte qu'alors même que l'on ne considère pas la société comme une personne civile, la difficulté subsiste en ce qui regarde la compensation. Dans la théorie de MM. Thiry et Pont, on distingue. Si le créancier de la société devient débiteur de la société, il y a lieu à compensation, parce que les créanciers sociaux peuvent poursuivre leur payement sur les biens de la société et sur les créances aussi bien que sur les autres choses; rien ne

(1) Troplong, Larombière et la jurisprudence (Pont, p. 449, n° 670, note 1).

s'oppose donc à ce que le débiteur donne en payement de ce qu'il doit à la société une créance sociale. Il n'en est pas de même des créances que le débiteur de la société a contre les associés; tant que la société dure, il n'a pas pour gage les biens sociaux; il est donc débiteur de la masse sociale sans en être créancier; partant, la compensation est impossible (1). Nous demanderons où il est écrit que le créancier d'un associé n'a pas pour gage les biens de la société? Aux termes de l'article 2093, il a pour gage tous les biens et droits de son débiteur, donc aussi les droits que le débiteur a dans le fonds social; lui contester ce droit, c'est faire une exception à l'article 2093: y a-t-il une exception sans texte? Qu'importe que, pendant la durée de la société, le créancier d'un associé ne puisse pas exproprier la société? Cela n'empêche pas le créancier d'avoir un gage sur le fonds social; de même que l'associé est copropriétaire, quoiqu'il ne puisse pas demander la liquidation et le partage du fonds commun. Il suffit qu'il y ait dette et créance entre les mêmes personnes pour que la compensation s'opère de plein droit, il n'est pas besoin d'action judiciaire ni d'expropriation; donc les difficultés concernant la poursuite du droit contre la société sont hors de cause quand il s'agit de compensation; par conséquent, on dépasse la loi quand on en déduit la conséquence que la compensation est impossible à raison de ces difficultés.

CHAPITRE V.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ.

362. Il y a des causes qui mettent fin à la société de plein droit. Il y en a d'autres qui dépendent de la volonté d'un associé ou de la décision du juge.

Les premières sont énumérées par l'article 1865,

(1) Thiry, dans la dissertation précitée (*Revue critique*, t. VII, p. 302), suivi par Pont, p. 449, n° 670.

n^os^ 1-4, qui porte : « La société finit 1° par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée; 2° par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation; 3° par la mort naturelle de quelqu'un des associés; 4° par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux. » Il faut retrancher la mort civile, qui est abolie en Belgique et en France.

Nous disons que, dans ces divers cas, la société finit de plein droit. C'est ce que Merlin a démontré avec l'évidence qu'il met dans ses démonstrations (1). La société *finit,* dit la loi. Quelle idée présentent ces mots? Celle du droit de demander la dissolution de la société? Non, mais bien celle de cette dissolution même, opérée *ipso facto*. Il ne dépend donc pas des associés de se refuser à la dissolution de la société; la société se dissout, soit qu'ils le veuillent, soit qu'ils ne le veuillent pas. Sans doute les parties intéressées peuvent maintenir la société quand la chose est possible; mais il faudra pour cela une convention nouvelle, et, par conséquent, il y aura une nouvelle société; les associés ne peuvent pas maintenir l'ancienne société, alors qu'elle est dissoute de plein droit en vertu de la loi; la dissolution est un fait accompli, et il n'y a pas de puissance humaine qui puisse défaire un fait consommé. L'un des associés meurt; les associés survivants peuvent rester en société, mais ce sera une société nouvelle; il est impossible que l'ancienne société continue, puisqu'elle a été dissoute de plein droit par la mort; et s'il y a un fait qui échappe à la puissance de notre volonté, c'est bien la mort. Merlin, le jurisconsulte traditionnel par excellence, aime à citer la tradition. Il y a une des causes énumérées par l'article 1865 qui donne lieu à quelque difficulté, c'est la déconfiture; nous y reviendrons. La déconfiture d'un associé dissout-elle la société de plein droit? Le texte répond à la question, puisqu'il met la déconfiture sur la même ligne que la mort. Elle en diffère cependant en ce sens que la mort est un événement naturel, inévitable, indépendant de la volonté; tandis que la faillite est un

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Société*, § IX.

fait personnel à l'associé, un fait qui lui est imputable. Cela n'empêche pas la société d'être dissoute de plein droit. Si les associés veulent continuer la société, ils le peuvent, mais il y aura une nouvelle société, disent les lois romaines; preuve certaine que la première société s'est dissoute sans la volonté des associés et même malgré eux, puisque leur volonté est de la maintenir. La loi permet sans doute aux associés de continuer leur association, mais elle ne peut pas leur permettre l'impossible. Tout ce qu'ils peuvent faire, c'est de stipuler dans leur pacte social que la société ne sera pas dissoute par la déconfiture ou la mort, ou l'une des autres causes prévues par l'article 1865, toujours dans les limites du possible : conçoit-on que les associés conviennent que la société continuera malgré l'extinction de la chose qui constitue le fonds social? Il n'y a pas de contrat sans objet, et les associés ne peuvent pas faire qu'il y ait une société, alors qu'il n'y a pas de fonds social.

363. Il y a des causes qui mettent fin à la société par la volonté d'un associé ou par la décision du juge. L'article 1865 porte que la société finit par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société. Nous dirons plus loin à quelles sociétés ce principe s'applique. La loi met cette cinquième cause sur la même ligne que les quatre premières. En un certain sens, il est vrai de dire que la société finit de plein droit; dès que l'un des associés déclare qu'il ne veut plus être en société, la société est dissoute; elle ne pourrait pas être maintenue par les autres associés ni par l'autorité du juge. Toutefois il y a une grande différence entre la renonciation de l'associé et les autres causes qui mettent fin à la société. D'abord il faut une manifestation de volonté; tandis que, dans les quatre premières causes, la volonté ne joue aucun rôle, au moins lors de la dissolution de la société. Puis, la simple volonté ne suffit point pour rompre la société; la loi veut que la renonciation soit de bonne foi, et non faite à contre-temps; le juge pourrait donc, malgré la renonciation de l'associé, maintenir la société en décidant que l'associé a renoncé de mauvaise foi ou à contre-temps.

La dissolution se fait par sentence judiciaire lorsqu'elle est demandée par l'un des associés pour cause légitime (art. 1869). Tel est le cas où un associé manque à ses engagements ; il y a lieu alors à la résolution de la société en vertu de la condition résolutoire tacite, laquelle n'opère pas de plein droit; il faut une sentence du juge.

SECTION I. — Des cas dans lesquels la société finit de plein droit.

§ I^er^. *De l'expiration du temps.*

364. « La société finit par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée » (art. 1865, 1°). Si l'acte social détermine le terme pour lequel la société est contractée, la société finit de plein droit à l'expiration du terme. C'est l'application du droit commun. Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134); c'est en vertu de cette loi que la société est dissoute; elle l'est donc par la volonté des parties, mais cette volonté est exprimée dans le contrat, elle ne doit plus l'être lors de l'échéance du terme. Il y a plus, les parties, une fois le terme échu, ne peuvent pas empêcher que la dissolution ait eu lieu, c'est un fait accompli (n° 362); elles peuvent seulement proroger la société; nous dirons plus loin quel est l'effet de cette prorogation.

365. Les parties contractantes sont libres de donner à la société telle durée qu'elles veulent. Cela résulte de l'article 1844, qui est ainsi conçu : « S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'article 1869; ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire. » L'article 1869, auquel l'article 1844 renvoie, contient une disposition très-importante. Quand la durée d'une société est illimitée, elle peut être dissoute par la volonté de l'une des parties, tandis que la dissolution des sociétés à terme ne peut pas être demandée avant le terme convenu. Quand la société est-elle à terme, quand sa durée est-elle illimitée? Nous reviendrons sur la ques-

tion en traitant de la dissolution qui se fait par la volonté d'un associé. L'article 1844 décide une difficulté qui se présente en cette matière. On suppose que le pacte social ne fixe pas la durée de la société. En résultera-t-il qu'elle a une durée illimitée, et, par suite, pourra-t-elle être rompue par la volonté d'un associé? Il faut distinguer, d'après l'article 1844. S'agit-il d'une affaire dont la durée soit limitée, la société aura également une durée limitée, le temps que doit durer l'affaire; il va sans dire que, dans ce cas, la volonté d'un associé ne peut pas mettre fin à la société ; elle prendra fin, de plein droit, avec l'affaire pour laquelle elle a été contractée. Mais s'il s'agit d'une série d'opérations, on ne peut plus assigner de limite certaine à la société; la loi décide que, dans ce cas, elle est censée contractée pour toute la vie des associés. Dans l'esprit de nos lois modernes, on ne peut pas contracter d'engagements perpétuels; c'est déjà un engagement perpétuel, au point de vue de l'homme, qu'un engagement contracté à vie; aussi les lois romaines qualifient-elles les sociétés à vie de sociétés perpétuelles. La loi admet des sociétés à vie, quoiqu'elle réprouve le louage de service contracté à vie (art. 1780); c'est que les sociétés sont favorables, tandis que la dépendance d'un domestique, pendant sa vie entière, eût été une atteinte à sa liberté. D'ailleurs, la société n'ayant pas de terme conventionnel et n'étant pas limitée à un certain temps par la durée de l'affaire qui en est l'objet, il fallait lui assigner une limite quelconque, et la moins arbitraire est celle de la vie des associés. Cette espèce de perpétuité n'a, du reste, aucun inconvénient; car la loi assimile la société à vie à la société d'une durée illimitée; et elle permet, en conséquence, à chacun des associés d'y mettre fin par sa volonté.

366. Le terme peut être exprès ou tacite. Il est tacite dans le cas prévu par l'article 1844. Il n'est jamais présumé. C'est le droit commun tel que nous l'avons exposé au titre des *Obligations*.

Le terme n'est pas toujours la limite certaine de la société, en ce sens que la société prenne nécessairement fin à l'expiration du terme. Tout dépend de l'intention des

parties contractantes; si leur volonté est de mettre fin à la société à l'expiration du terme, la loi du contrat recevra son exécution. C'est le cas prévu par l'article 1865, n° 1, et tel est certainement le cas ordinaire. Toutefois il se peut que les parties aient fixé un terme parce qu'elles supposaient que le temps fixé suffirait pour terminer l'affaire qui fait l'objet de la société; si elles se sont trompées et si, à l'expiration du terme, les opérations sociales ne sont pas achevées, décidera-t-on néanmoins, en s'attachant au texte de l'article 1865, que la société finit avec le terme? Non, certes, ce serait interpréter le contrat contre l'intention des parties contractantes; or, la première règle d'interprétation que le code établit fait un devoir au juge de rechercher quelle a été l'intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des mots (art. 1156), et, dans l'espèce, l'intention des parties ne saurait être douteuse; elles veulent faire une opération en commun, et elles veulent naturellement l'achever; donc, quoiqu'elles aient fixé le terme probable de leur convention, le vrai terme est celui de la consommation de l'affaire; les parties se trouvent, en réalité, dans le cas prévu par l'article 1844 : l'affaire ayant une durée limitée, la société est contractée pour tout le temps que doit durer l'affaire(1).

Il y a sur cette question un excellent arrêt de la cour de Bruxelles. Deux personnes se rendent adjudicataires, en 1806, des travaux à exécuter au port d'Anvers pendant les années 1806 et 1807; elles s'associent un tiers entrepreneur. Les travaux ne sont pas achevés en 1807; en mars 1808, un décret ordonne la continuation des travaux sur de nouveaux plans; le 28 juillet, l'un des adjudicataires s'engage à exécuter les travaux aux mêmes prix et conditions que ceux de la première adjudication; il prétend ensuite que le tiers associé à l'adjudication primitive est étranger à la nouvelle entreprise, la première société ayant été dissoute de plein droit à la fin de l'année 1807, terme pour lequel elle avait été contractée. Il

(1) Duranton, t. XVII, p. 518, n° 461. Duvergier, p. 503, n° 414. Pont, p. 456, n° 684.

y avait un motif de douter, c'est qu'un nouveau décret était intervenu, et une nouvelle convention avait eu lieu. Le premier juge déclara la société dissoute; la sentence fut réformée par la cour d'appel. Elle commence par constater en fait que l'acte d'association comprenait la totalité des travaux à exécuter au port d'Anvers; les travaux consistaient en déblais et terrassements, puis il y avait des pilotages, enfin des maçonneries et pavements. Tous ces travaux entraient dans le contrat social, lequel ne pouvait prendre fin qu'après leur entière exécution. Si les parties avaient fixé un terme de deux ans, c'est que le gouvernement le voulait ainsi; mais ce terme n'impliquait pas qu'à son échéance la société finirait alors même que les travaux ne seraient pas achevés, car l'expiration du terme ne déliait pas les adjudicataires de leurs engagements; et c'est pour l'exécution de ces engagements que la société avait été contractée. Or, à la fin de 1807, la troisième série de travaux n'avait pas même commencé; de sorte que, les travaux devant continuer, la société subsistait nécessairement. Restait l'objection du nouveau contrat fait en 1808 par l'un des adjudicataires. La cour répond que les travaux qui faisaient l'objet de cette convention étaient les mêmes que ceux qui auraient dû être exécutés dans les années 1806 et 1807, et qui ne l'avaient pas été. Les modifications que le gouvernement y avait apportées n'en avaient pas changé la nature; la convention même énonçait expressément que c'était la continuation des travaux entrepris en 1806. L'adjudicataire qui signa le nouveau contrat avait mauvaise grâce de le contester, puisqu'il s'était servi, pour exécuter les travaux, des matériaux, outils et instruments achetés en commun par les associés dans le cours des années 1806 et 1807; il n'avait pas le droit de s'en servir si l'association était dissoute; en s'en servant, il témoignait lui-même que la société subsistait toujours (1).

367. La société à terme finit de plein droit à l'expira-

(1) Bruxelles, 13 janvier 1810 (Dalloz, au mot *Société*, n° 643). Comparez Nîmes, 2 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Société*, n° 644). Cette dernière décision nous paraît douteuse, au moins en ce qui concerne les motifs.

tion du terme. Peut-elle finir plus tôt par la volonté des associés? Il est certain que la dissolution ne peut être demandée par l'un des associés; l'article 1871 le dit. La majorité même n'aurait pas le droit de prononcer la dissolution de la société, il faudrait le consentement de tous les associés. La cour de Paris l'a jugé ainsi (1), et cela n'est point douteux, c'est l'application du principe élémentaire de l'irrévocabilité des conventions; elles ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel de ceux qui les ont faites (art. 1134); la majorité n'a pas le droit de rompre la convention en imposant sa volonté à la minorité.

368. La société à temps limité peut être prorogée (art. 1866). Il faut le consentement de tous les associés pour valider la prorogation. En effet, c'est ou faire une nouvelle société, comme nous le dirons plus loin, ou modifier l'ancienne société; il y a donc, dans tous les cas, un nouveau pacte social, qui ne peut se former que par le concours de volontés de toutes les parties intéressées. Cela n'est point douteux. On demande comment le consentement doit être exprimé? Faut-il que la prorogation soit expresse, ou peut-elle être tacite? La jurisprudence s'est prononcée pour la validité de la prorogation tacite (2); et cela est d'évidence, puisque c'est l'application des principes généraux qui régissent le consentement. Le consentement peut s'exprimer par des faits aussi bien que par des paroles. Il y a des contrats tacites: telle est la reconduction tacite, tel est encore un des contrats les plus fréquents, le mandat tacite que le mari donne à sa femme pour les affaires du ménage. Il en est de même de la société : quand, à l'expiration du terme fixé pour la durée de la société, les associés continuent leurs opérations, ils manifestent par là la volonté de continuer la société. Il n'y a de difficulté que pour la durée de la prorogation tacite; on applique les principes qui déterminent la durée de la société dans le silence de la convention (n° 365).

369. Autre est la question de savoir comment la pro-

(1) Paris, 20 mai 1869 (Dalloz, 1870, 2, 12).
(2) Rejet, chambre civile, 14 mars 1848 (Dalloz, 1848, 1, 120).

rogation doit être prouvée. L'article 1866, qui répond à la question, est assez mal rédigé; il porte : « La prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société. » On pourrait induire de là que si le contrat primitif était fixé par acte authentique ou par acte sous seing privé, la prorogation devrait nécessairement être constatée dans la même forme; ce qui n'a pas de sens, puisque les parties sont libres de traiter comme elles l'entendent, même sans dresser aucun acte, sauf la difficulté de preuve. Les auteurs du code ont suivi Pothier, qui ne s'exprime pas avec son exactitude habituelle : « La prorogation, dit-il, ne peut se prouver que par un acte par écrit, que l'ordonnance de 1673 assujettit aux mêmes formalités que les actes par lesquels la société est contractée (1). » La rédaction est moins mauvaise que celle du code; toujours est-il que Pothier a tort de dire que la prorogation ne se peut prouver que par un écrit. La prorogation n'est pas plus un acte solennel que la société. On la prouve d'après le droit commun; l'article 1341 exige, à la vérité, un écrit pour tout contrat, mais seulement quand la chose dépasse la somme de 150 francs; et il n'exige un écrit qu'en ce sens que la preuve testimoniale n'est pas admissible au delà de cette somme; encore l'est-elle quand il y a un commencement de preuve par écrit. Il faut donc appliquer à la preuve de la prorogation ce que nous avons dit de la preuve de la société (n^os^ 170-172); la doctrine (2) et la jurisprudence (3) sont en ce sens.

370. Les plus simples questions de preuve donnent lieu à des difficultés. Un de nos bons auteurs dit que la prorogation tacite peut se prouver par témoins, parce que ce n'est pas une convention proprement dite, un pacte nouveau; c'est l'existence de faits et d'agissements dont les parties ne pouvaient pas exiger de preuve écrite (4).

(1) Pothier, *De la société*, n° 139.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 567, note 2, § 384. Pont p. 458, n^os^ 688 et 689.
(3) Rejet, 12 décembre 1825 (Dalloz, au mot *Société*, n° 256), et 19 juillet 1852 (Dalloz, 1852, 1, 299). Bruxelles, 11 février 1819 (*Pasicrisie*, 1819. p. 302, et Dalloz, au mot *Société*, n° 646).
(4) Pont, p. 458, n° 690

C'est, à notre avis, une erreur certaine. La prorogation tacite est une prorogation aussi bien que la prorogation expresse; or, la prorogation ne peut se faire qu'avec le concours de volontés de toutes les parties intéressées; ce concours de volontés forme une convention; donc elle tombe sous l'application de l'article 1341. Ce n'est pas un de ces faits purs et simples qui peuvent se prouver indéfiniment par témoins, c'est un fait juridique; les parties savent que leur société est dissoute, elles continuent leurs opérations avec l'intention de continuer leur société; que leur consentement se manifeste par des faits ou par des paroles, qu'importe? il y a toujours consentement, donc contrat, et par conséquent les parties pouvaient et devaient se procurer une preuve littérale de leur convention. Si elles ne l'ont pas fait, elles ne seront pas admises à prouver la prorogation par témoins.

371. La prorogation constitue-t-elle une société nouvelle? Boutteville, le rapporteur du Tribunat répond : « Lorsque la société est dissoute ou n'existe plus, la continuer, la proroger, c'est réellement en contracter une nouvelle. » Troplong et Pont disent que c'est une erreur (1). Nous croyons qu'il faut distinguer. Quand les parties prorogent la société avant l'expiration du terme, elles modifient seulement le pacte social, et le modifier, c'est le maintenir; la société prorogée sera toujours la première société. Mais quand le terme est expiré, et telle est la supposition de Boutteville, la société est dissoute de plein droit, elle n'existe pas, donc la prorogation est la constitution d'une société nouvelle. Nous avons dit qu'il en est ainsi dans tous les cas où la société est continuée après avoir été dissoute de plein droit (n° 362); et la loi ne déroge pas au droit commun en ce qui concerne les sociétés à temps limité. A l'appui de notre opinion, nous invoquerons l'article 1738, qui prévoit le cas de la réconduction tacite. Le premier bail cesse de plein droit à l'expiration du temps fixé; si les parties prorogent le

(1) Boutteville, Rapport, n° 20 (Locré, t. VII, p. 251). Troplong, n° 915. Pont, p. 457, n° 686.

bail tacitement, le preneur restant et étant laissé en possession, quel sera l'effet de cette prorogation tacite? L'article 1738 répond qu'il s'opère un nouveau bail. C'est toujours l'application du droit commun : un contrat dissous ne peut plus revivre; or, il revivrait si la prorogation avait pour effet de le continuer après qu'il a cessé d'exister.

Que dit-on en faveur de l'opinion contraire? Pont ne motive pas sa décision, il s'en rapporte sans doute à Troplong qu'il cite. Et que dit Troplong? « C'est la même société, subsistant sans interruption entre les mêmes personnes, avec le même capital, avec le même but, et ne présentant de modification que dans le temps de sa durée. » On pourrait dire identiquement la même chose de la réconduction tacite, et néanmoins la loi dit qu'elle forme un nouveau bail. Troplong ajoute : « La société prorogée au delà du terme primitivement convenu est dans un état d'intégrité tout à fait semblable à celui de la société dont l'une des clauses porterait que la mort de l'un des associés ne l'empêcherait pas de continuer avec les héritiers ou les associés survivants. » C'est justifier une erreur par une autre erreur. Quand une clause du pacte social stipule que la société continuera avec les héritiers ou entre les survivants, la société n'a jamais été dissoute, il n'y a pas de convention nouvelle, puisque la société continue en vertu du pacte primitif. Tandis que la société à terme finit de plein droit à l'expiration du terme; au moment où les associés la prorogent, il n'y a plus de société, plus de pacte social, il se fait une convention nouvelle, donc une société nouvelle. Comment un jurisconsulte peut-il confondre deux situations essentiellement diverses?

§ II. *Extinction de la chose.*

372. « La société finit, 2° par l'extinction de la chose » (art. 1865, n° 2). Qu'est-ce que la loi entend par *chose?* L'article 1832 répond à la question. Il est de l'essence de la société que les associés mettent *quelque chose* en com-

mun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Si cette chose périt totalement, la société n'a plus d'objet et sans objet on ne conçoit pas de contrat. C'est le droit commun. « Lorsque, dit Pothier, la société a été contractée d'une certaine chose, il est évident que la société doit finir par l'*extinction* de cette chose (1). »

Le mot *extinction* implique la perte *totale* de la chose. Pothier donne comme exemple la mort d'un animal mis en commun. Que faut-il décider si la perte est partielle? On enseigne que la perte partielle peut aussi être une cause de dissolution, dans le cas où la partie du fonds commun qui a péri est d'une telle importance, que le but de la société ne peut plus être atteint (2). Il est certain que ce cas ne rentre pas dans le n° 1 de l'article 1865 : la société ne peut pas finir de plein droit, tant qu'il reste une chose qui en puisse être l'objet ; seulement les tribunaux pourront prononcer la dissolution de la société, en se fondant sur la perte partielle. C'est une de ces *causes légitimes* dont l'article 1871 abandonne au juge l'appréciation. Quelquefois l'acte social stipule que la société prendra fin quand le fonds social sera diminué d'un tiers ou d'un quart ; dans ce cas, le tribunal devra prononcer la dissolution, puisque telle est la loi du contrat ; et la dissolution peut même avoir lieu de plein droit, si les parties l'ont voulu ainsi.

373. La perte de la mise d'un associé entraîne-t-elle la dissolution de la société? L'article 1867 répond à la question. Cette disposition a donné lieu à de longues controverses ; nous l'avons expliquée plus haut (n^os^ 369-371). Quoique la loi soit mal rédigée, le sens n'en est pas douteux. Il est de l'essence de la société que chaque associé ait une mise ; quand donc l'un des associés se trouve sans mise, la société doit être dissoute. Tel est le principe dont l'article 1867 contient des applications. La loi distingue entre l'apport de la propriété et l'apport de la jouissance. Quant à l'apport de la jouissance, il est suc-

(1) Pothier, *De la société*, n° 140.
(2) Pont, *De la société*, p. 461, n° 694.

cessif de sa nature ; si donc la chose dont la jouissance seule a été mise dans la société vient à périr, l'associé se trouve sans mise, puisqu'il ne peut plus fournir la jouissance qu'il avait promise ; par suite, la société sera dissoute. Si l'associé apporte la propriété de la chose, il faut voir si cet apport est réalisé par le transport de la propriété à la société : quand la société est devenue propriétaire, l'associé a réalisé sa mise, la perte qui survient sera pour le compte de la société ; elle n'entraînera pas la dissolution de la société, à moins que cette chose ne constitue le fonds social ou la plus grande partie de ce fonds ; on rentre alors dans le cas prévu par le n° 2 de l'article 1865. Mais si la chose promise vient à périr avant que la propriété en ait été transmise à la société, l'associé n'a point de mise, et par suite la société sera rompue. Quand la propriété est-elle transmise à la société? Sur ce point, on applique les principes généraux de droit.

§ III. *Consommation de la négociation.*

374. Que la société finisse quand l'affaire pour laquelle elle a été contractée est consommée, cela est d'une telle évidence, qu'il était assez inutile de le dire. Pothier le dit (1), et les auteurs du code ont reproduit son observation. L'article 1865 met sur la même ligne la consommation de la négociation et l'extinction de la chose ; la différence est cependant grande : dans un cas, le but de la société est atteint, de sorte qu'elle n'a plus de raison d'être ; dans l'autre cas, le but ne peut plus être atteint.

Quand la négociation est-elle consommée? Pothier donne cet exemple. Deux marchands contractent société pour acheter ensemble une certaine partie de marchandises qu'ils iront vendre à une foire ; cette société sera finie lorsqu'ils les y auront *toutes* vendues. De sorte que si les marchands ne parvenaient pas à vendre toutes leurs marchandises, comme ils y comptaient, la société continuerait. Elle se trouve modifiée, il est vrai, quant à la

(1) Pothier, *De la société*, n° 143.

durée, elle durera plus longtemps que les associés ne le pensaient ; mais tant que l'opération n'est pas consommée entièrement, la société conserve une raison d'être. On peut citer comme exemple l'arrêt de la cour de Bruxelles que nous avons rapporté au n° 366.

§ IV. *Mort d'un associé.*

375. « La société finit par la mort *naturelle* de quelqu'un des associés. » L'article 1865, n° 3, parle de la mort *naturelle*, parce que, dans le système du code Napoléon, il y avait une *mort civile* qui entraînait également la dissolution de la société. Notre constitution a aboli cette horrible fiction, et elle est également abolie en France.

La mort d'un associé dissout la société de plein droit; de sorte que la société ne subsiste ni à l'égard des héritiers de l'associé décédé, ni à l'égard des associés survivants. Pourquoi la loi n'admet-elle pas les héritiers de l'associé à prendre la place de leur auteur dans la société? On contracte, en général, pour soi et pour ses héritiers; mais l'article 1122, qui établit ce principe, y ajoute une restriction : « à moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention. » Or, la société est précisément un des contrats qui, par leur nature, ne peuvent pas se transmettre aux héritiers des parties contractantes. Elle est fondée sur la confiance qu'inspirent la capacité, la moralité de la personne avec laquelle on s'associe; or, ces qualités personnelles ne sont malheureusement pas héréditaires. Dès lors on ne pouvait pas maintenir la société à l'égard des héritiers, c'eût été s'associer des inconnus; ce qui est un non-sens quand il s'agit d'une société fondée entre personnes et sur des qualités personnelles. Il va sans dire que si le capital social est divisé par actions, et si tout porteur d'actions est associé, la mort d'un actionnaire n'apporte aucun changement à la société; dans ce cas, les capitaux sont associés plutôt que les personnes, et les actions ne meurent point.

La mort d'un associé dissout même la société à l'égard

des survivants. Pothier en donne la raison. Les qualités personnelles d'un associé entrent en considération dans le contrat de société. Je ne dois donc pas être obligé lorsque l'un de mes associés est mort, à demeurer en société avec les autres, parce qu'il se peut que ce ne soit que par la considération des qualités personnelles de l'associé décédé que j'ai voulu contracter la société (1).

La cour de Paris a fait l'application du principe à la promesse de société. Des patrons promettent à leur ouvrier de l'associer à leur industrie à partir d'une certaine époque. Avant l'arrivée du terme, l'un des patrons vient à mourir. L'ouvrier réclame des dommages-intérêts contre le survivant qui refuse de réaliser la société. Il a été jugé que la promesse était nulle pour des motifs qu'il est inutile de reproduire; il y avait une raison décisive, la mort de l'un des futurs associés; si la mort met fin à la société déjà contractée et fonctionnant, à plus forte raison empêche-t-elle la société de se former. Et la mort étant un cas fortuit, il ne pouvait être question de dommages-intérêts, car il n'y a pas lieu à dommages-intérêts quand le débiteur a été empêché de remplir son obligation par suite d'un cas fortuit (2).

376. On suppose que, dans l'ignorance de la mort de l'associé, un associé fasse une opération sociale : cette opération vaudra-t-elle comme telle, de sorte qu'elle profite ou qu'elle nuise à tous les associés, même aux héritiers? Dans l'ancien droit, on admettait l'affirmative fondée sur une loi romaine. La loi romaine semble dire que la société subsiste, ou est censée subsister. Ce serait une fiction, et le code ignore cette fiction, ce qui suffit pour la rejeter. Despeisses, que l'on cite, ne dit pas que la société continue; il dit, ce qui est bien différent, que le gain et la perte survenus dans le trafic fait dans l'ignorance de la mort de l'associé doivent être communiqués. Et il donne comme raison que l'associé a agi en cette qualité. Despeisses invoque, comme le fait aussi la loi romaine, les

(1) Pothier, *De la société*, nº 146.
(2) Paris, 24 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 84).

principes qui régissent le mandat. C'est comme mandataire que l'associé a fait l'opération; or, d'après l'article 2008, ce que le mandataire fait dans l'ignorance de la mort du mandant est valide. Tous les auteurs admettent cette décision, et elle se justifie, sans qu'il faille recourir à la fiction d'une société qui continuerait alors qu'elle est dissoute de plein droit en vertu de la loi (1).

377. On demande si la société est aussi dissoute, à l'égard des tiers, par la mort d'un associé? L'affirmative n'est pas douteuse, puisque la mort dissout la société de plein droit; par conséquent, à l'égard de tous. Une cour d'appel s'y était trompée en appliquant à la mort l'article 46 du code de commerce, relatif aux *actes* et *délibérations* ayant pour objet la dissolution de la société avant le terme fixé pour sa durée; la loi exige que cette dissolution anticipée soit rendue publique. Il suffit de lire la loi pour se convaincre qu'elle est étrangère à la dissolution arrivée par la mort. Etendre à la mort ce que le code de commerce dit d'une dissolution conventionnelle, c'est violer la loi; l'arrêt a été cassé (2).

378. Autre est la question de savoir si la société doit être considérée comme subsistant à l'égard des tiers qui traitent avec les associés survivants dans l'ignorance de la mort d'un associé, ou dans la croyance que la société continue entre les survivants. Il faut distinguer les deux hypothèses. Si les parties traitent dans l'ignorance de la mort qui a dissous la société, la négociation n'en sera pas moins valable, la convention est considérée comme sociale, elle profite et nuit à tous les associés (n° 376); elle doit profiter aussi aux tiers, et on peut la leur opposer. Dans ce cas, c'est la bonne foi qui valide l'opération par application des principes du mandat (art. 2008).

Si les associés survivants connaissent la mort de leur associé, et si, malgré cela, ils continuent à faire des opérations sociales, quelle sera la valeur de ces conventions? L'hypothèse est tout autre que celle que nous venons

(1) Voyez les témoignages dans Pont, p. 466, n° 703.
(2) Cassation, 10 juillet 1844 (Dalloz, au mot *Société*, n° 983).

d'examiner. On ne peut plus invoquer les principes du mandat, l'article 2008 est inapplicable. La société est dissoute, mais les associés survivants peuvent la continuer; et, de fait, ils la continuent en faisant les opérations pour lesquelles la société avait été contractée; il se forme donc une société nouvelle, comme cela se fait dans tous les cas où les associés continuent les affaires sociales après que la société a été dissoute de plein droit. La cour de cassation l'a jugé ainsi, mais en constatant la bonne foi des tiers. Sur ce point, nous avons des doutes. Voici les faits de la cause. L'un des associés était mort le 21 janvier 1837; nonobstant son décès, l'établissement continua de marcher, il ne fut procédé à aucune liquidation; les banquiers restèrent en relation avec la société. La cour en conclut que la société avait subsisté, non-seulement pour les associés survivants, mais encore pour les représentants de l'associé décédé; les tiers, dit la cour, qui ont traité dans la confiance que la société subsistait n'ont pu être victimes de leur bonne foi (1). A notre avis, il y a confusion et erreur dans cette décision. La société était dissoute, les associés et les tiers connaissaient le décès; s'ils ont néanmoins poursuivi les opérations sociales, il s'est formé une société nouvelle; cette association ne peut lier que les associés survivants, qui seuls ont consenti en continuant les affaires; quaut aux héritiers ou représentants de l'associé décédé, ils ne pourraient être considérés comme associés que s'ils avaient concouru aux opérations nouvelles; s'ils y sont restés étrangers, ils ne sont plus associés, l'ancienne société est dissoute, et ils n'ont pris aucune part aux opérations qui constituent la société nouvelle. La cour invoque la bonne foi des tiers. Nous ne voyons pas ce que la bonne foi des tiers a à faire dans ce débat. Ils ont cru traiter avec l'ancienne société; cette fausse croyance peut-elle avoir pour effet de rendre la vie à une société qui est morte, et faire considérer comme associés ceux qui ont cessé de l'être? Tout ce que les tiers pourraient soutenir, c'est qu'ils ont versé dans une erreur

(1) Rejet, 26 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Société,* n° 985).

de droit, qu'ils ont cru traiter avec une société qui était dissoute, croyant qu'elle existait encore. Mais cette erreur, qui vicierait les conventions si elle était prouvée, ne donnerait aucune action aux tiers contre les représentants de l'associé décédé.

379. Dans l'espèce de l'arrêt que nous venons de rapporter, les héritiers mineurs de l'associé décédé n'étaient pas en cause; le débat s'agitait entre les créanciers. La question s'est présentée de nouveau devant la cour de cassation, alors que les héritiers mineurs étaient parties, et elle a été décidée conformément aux principes que nous venons d'exposer. L'un des associés était mort laissant des enfants mineurs; les affaires furent continuées, puis la société fut déclarée en faillite. Les créanciers prétendirent que les enfants mineurs étaient restés associés; d'où suivait qu'ils étaient compris dans la déclaration de faillite. La cour de Grenoble accueillit ce système. C'est l'opinion enseignée par Troplong (1), qui la fonde sur l'autorité des lois romaines et sur celle d'anciens auteurs, science souvent indigeste, les témoignages prouvant contre celui qui les invoque. Il est inutile d'entrer dans ce débat, les principes les plus simples et les plus certains suffisent pour décider la difficulté. L'arrêt de la cour de Grenoble a été cassé; la décision est juste au fond, mais les motifs ne sont pas tout à fait corrects.

La mort dissout la société de plein droit, à l'égard des tiers aussi bien qu'entre les parties (n° 377). La bonne foi des tiers peut-elle avoir pour effet de maintenir la société? Ce serait une fiction, et toute fiction demande un texte. Où est ce texte? Il faut le chercher, non dans les lois romaines, mais dans le code civil. Le seul article qui ait trait à notre question, c'est l'article 2008; il maintient et *valide* les actes du mandataire quand il a agi dans l'ignorance de la mort du mandant. D'après la rigueur du droit, ces actes seraient nuls, puisque le mandat finit par la mort du mandant; le mandataire est donc sans qualité pour agir; voilà pourquoi la loi *valide* ce qu'il a fait, en

(1) Troplong, *De la société*, n° 904.

tenant compte de sa bonne foi. C'est une disposition exceptionnelle de faveur ou d'équité. Nous l'avons appliquée à l'associé qui est mandataire et, par suite, au tiers qui a traité avec lui; il est difficile que l'acte soit valable à l'égard de l'associé et nul à l'égard du tiers (nos 376 et 378). Telle n'est pas notre hypothèse. Il s'agit de savoir si la société dissoute par la mort est censée subsister à raison de la bonne foi des tiers, les associés sachant que la société est dissoute, les tiers croyant qu'elle ne l'est point. Ce cas est tout différent de celui qui est prévu par l'article 2008; ce n'est plus un mandataire qui agit, ce sont des tiers qui allèguent leur bonne foi pour en induire la continuation de la société. Leur prétention est en opposition avec l'article 1865, qui déclare la société dissoute de plein droit, et d'une manière absolue.

Sans doute les associés survivants peuvent continuer les affaires sociales en formant de fait, c'est-à-dire par un consentement tacite, une nouvelle société. Mais entre qui cette nouvelle société existera-t-elle? Entre ceux qui y ont consenti; donc entre les associés survivants, lesquels figurent comme parties dans les nouvelles opérations qui suivent la mort et la dissolution de la société primitive. Quant aux héritiers de l'associé décédé, ils peuvent aussi y concourir, et, dans ce cas, ils seront associés (1); mais il faut pour cela qu'ils soient capables de contracter; s'ils sont mineurs, ils ne peuvent pas former de société, donc la nouvelle société leur est étrangère; elle n'a d'effet ni pour eux ni contre eux.

Telle est aussi la décision de la cour de cassation. Mais elle semble considérer la nouvelle société qui se forme par le fait de la continuation des opérations sociales, comme ne faisant qu'un avec l'ancienne. Après avoir constaté que la société primitive avait été dissoute par la mort d'un associé, l'arrêt ajoute : « Si les tribunaux peuvent *suppléer*, par l'appréciation des faits et des circonstances, à une *stipulation* formelle de *continuation de société avec les héritiers* en cas de mort de l'un des asso-

(1) Rejet, chambre civile, 11 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 1, 60).

ciés, ils ne sauraient avoir ce *pouvoir* quand, comme dans la cause, les héritiers sont en état de minorité; des mineurs ne peuvent pas, en effet, en l'absence d'une stipulation formelle faite par leur auteur, être engagés dans la suite et les conséquences d'une société à laquelle ils n'ont pris et ne pouvaient prendre aucune part, à raison de leur incapacité (1). » L'arrêt est assez mal rédigé. Il n'est pas exact de dire que les tribunaux ont le *pouvoir* de *suppléer* à une stipulation formelle de continuation de société : c'est dire que les tribunaux forment les conventions, ce qui est absurde. Et, en disant que les tribunaux *suppléent* à une stipulation par l'appréciation des faits et circonstances, la cour semble dire que les faits et circonstances équivalent à une stipulation; ce qui aboutirait à considérer la nouvelle société comme s'identifiant avec l'ancienne, de sorte qu'il n'y aurait réellement qu'une société, la société primitive, laquelle a cependant été dissoute. Ce qui prouve que ce n'est pas la société primitive qui continue, c'est que les mineurs, représentants de l'un des associés, n'en sont plus membres, et n'en peuvent même être membres, comme le dit très-bien la cour. Il faut en conclure que c'est une nouvelle société qui se forme. Cela est en harmonie avec le principe établi par Merlin, principe qu'il fonde sur une loi romaine (n° 362). La société est dissoute de plein droit par la mort d'un associé; si les survivants veulent rester en société, soit entre eux, soit avec les héritiers du prédécédé, cela ne peut se faire qu'en vertu d'une nouvelle convention.

380. « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies » (art. 1868). La dissolution de la société par l'une des causes que la loi indique est d'intérêt privé; les associés peuvent donc y déroger. Cela a toujours été admis pour ce qui concerne la continuation de la société entre les survivants; mais il y avait controverse, dans l'ancien

(1) Cassation, après délibéré en chambre du conseil, 10 novembre 1847 (Dalloz, 1847, 1, 353).

droit, sur le point de savoir si les associés pouvaient stipuler que la société continuerait avec les héritiers de l'associé prédécédé. En droit romain, on n'admettait pas cette stipulation ; cette opinion était suivie par Despeisses et par les auteurs qu'il cite. Pothier les combat, et dit que c'est une subtilité ; il est vrai que les héritiers de l'associé sont inconnus au moment où le contrat de société se fait, et il paraît contraire à la nature de la société, fondée sur la confiance dans la personne, que l'on s'associe avec un inconnu. Mais cela ne concerne que l'intérêt des associés ; s'ils y renoncent, pourquoi cette renonciation ne serait-elle pas valable, alors que l'ordre public et les bonnes mœurs ne sont pas en cause? Les auteurs du code ont consacré l'opinion de Pothier (1).

L'application du principe soulève une difficulté : la clause qui associe les héritiers recevra-t-elle son effet si les héritiers sont mineurs? A notre avis, l'affirmative est certaine. Si la clause est conçue en termes généraux, les associés, en la stipulant, devaient s'attendre à ce que les héritiers fussent mineurs ; ceux-ci sont donc compris dans la clause par cela seul qu'ils n'en sont pas exclus. Sans doute il résultera de là des inconvénients. D'une part, les mineurs ne peuvent pas rendre les services que l'on doit attendre d'un associé ; ce seront, en réalité, les tuteurs qui les représenteront ; or, les tuteurs n'ont pas une pleine liberté d'agir ; les entraves qui les enchaînent peuvent aussi entraver la marche des affaires sociales. Tout cela est vrai, c'est aux associés de voir ce qu'ils doivent faire dans l'intérêt de la société ; le juge doit se borner à exécuter la convention qui fait la loi des parties. La jurisprudence est en ce sens, et c'est aussi l'avis de la plupart des auteurs (2).

381. Faut-il une clause expresse pour que les héritiers soient associés après la mort de leur auteur? C'est une exception au droit commun ; à ce titre, elle doit être sti-

(1) Pothier, *De la société*, n° 145. Pont, p. 472, n^os^ 711 et 712. Treilhard, Exposé des motifs, n° 30 (Locré, t. VII, p. 245).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 569, note 8, § 384. Pont, p. 475, n° 716. En sens contraire, Duvergier, p. 532, n° 441.

pulée. Duvergier dit qu'on l'admettrait facilement, pour peu que les stipulations du contrat révèlent l'intention d'admettre une pareille substitution; il en conclut que la clause qui autorise les associés à céder leur part, avec cet effet que les cessionnaires seront associés, implique que les héritiers pourront prendre la place de leur auteur(1). Cela nous paraît très-douteux. Ce serait étendre des dispositions exceptionnelles, et une pareille interprétation n'est pas plus admise en matière de contrats qu'en matière de lois.

382. Les associés peuvent stipuler que la société sera seulement continuée entre les associés survivants. Quel sera, en ce cas, le droit de l'héritier du décédé? L'article 1868 répond « qu'il n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès et qu'il ne participera aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède. » Ainsi la société sera dissoute à l'égard des héritiers et elle continue entre les survivants. De là les deux conséquences prévues par la loi. La société étant dissoute à l'égard des héritiers, ceux-ci pourront demander la liquidation et leur part dans la masse. Cette liquidation n'est pas sans inconvénients à l'égard des associés survivants; pour les prévenir, l'acte stipule d'ordinaire que la part des héritiers sera déterminée d'après le dernier inventaire ou état de situation. La société continuant entre les survivants, naît la question de savoir si les héritiers de l'associé décédé profiteront des opérations qui se continuent. Si l'opération est nouvelle, il n'y a pas de question. Pour qu'il y ait difficulté, il faut supposer que l'opération se rattache à des transactions qui ont eu lieu avant la mort. Le code pose le principe; il ne suffit pas qu'il y ait une liaison entre ces négociations, il faut que la nouvelle soit une suite *nécessaire* de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé. Quand la suite est-elle nécessaire? C'est une question de fait (2).

(1) Duvergier, *De la société*, p. 526, n° 434.

(2) Comparez Rejet, 24 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 25), en matière de communauté. Nous avons émis un doute sur cette extension à la com-

383. Le pacte social établit une société universelle de biens meubles et immeubles entre plusieurs personnes, avec cette stipulation que la totalité des mises sociales appartiendra successivement aux survivants. Il a été jugé que cette clause est nulle. L'article 1832 définit la société un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui en pourra résulter. Il suit de là que le partage du bénéfice dans une proportion quelconque est de l'essence de la société. De plus, la loi veut que cette proportion soit équitable; l'article 1855 déclare nulle la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices. A plus forte raison, dit la cour de Bruxelles, faut-il annuler une clause qui attribue à l'un des associés la totalité des mises. Peu importe que cette attribution soit subordonnée à la survie; il n'en est pas moins vrai que la chance doit profiter à l'un des associés et nécessairement dépouiller les autres (1). Les ordres religieux ont essayé de reconstituer les corporations à l'aide de cette stipulation; dès que la fraude a été attaquée, les tribunaux en ont fait justice (n^os^ 197 et 198).

§ V. *Interdiction d'un associé.*

384. « La société finit par l'interdiction de l'un des associés » (art. 1865, 4°). En ce qui concerne les rapports entre associés, l'interdiction équivaut à la mort. L'aliénation mentale met l'associé interdit dans l'impossibilité de rendre les services que l'on attendait de lui. Et comme il est mis sous tutelle, ce serait, en réalité, le tuteur qui serait associé. Dès lors les motifs qui entraînent la dissolution de la société quand un associé meurt, devaient aussi y mettre fin quand un associé est interdit. Il faut cependant l'interdiction; l'état habituel de folie ne suffirait point; il y a plus, quand même l'associé serait colloqué dans un hospice ou une maison de santé, cela ne suffirait

munauté d'une disposition qui n'est faite que pour les sociétés ordinaires (t. XXIII, p. 10. n^os^ 7-9).

(1) Gand, 12 mai 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 40).

pas pour que l'article 1865 fût applicable; il est vrai que l'aliéné colloqué est placé sous une espèce de tutelle, mais il n'est pas interdit; cela est décisif. C'est une lacune, et elle se comprend : les établissements d'aliénés n'ont été organisés que longtemps après la publication du code Napoléon. La lacune n'est, du reste, pas absolue. Aux termes de l'article 1871, une infirmité habituelle, qui rend l'associé inhabile aux affaires sociales, est une cause légitime de dissolution; seulement elle doit être demandée, et prononcée par le juge, et c'est naturellement au demandeur à prouver l'aliénation mentale.

385. Faut-il assimiler à l'associé interdit celui qui a été mis sous conseil judiciaire? La question est controversée, et elle ne devrait pas l'être. L'interdit est un incapable, et son incapacité est absolue pour tout ce qui concerne les intérêts pécuniaires; tandis que la personne placée sous conseil reste capable de droit; il faudrait donc une disposition formelle de la loi pour ranger la nomination d'un conseil parmi les causes qui mettent fin de plein droit à la société. Sans doute la faiblesse d'esprit et la prodigalité sont de mauvaises qualités pour être associé. L'article 1871 répond à l'objection; les associés du prodigue ou du faible d'esprit pourront demander la dissolution de la société, pour cause légitime, en prouvant que l'associé est inhabile aux affaires (1).

§ VI. *De la déconfiture.*

386. « La société finit par la *déconfiture* de l'un des associés » (art. 1865, 4°). L'article 1865 met la déconfiture sur la même ligne que l'interdiction et la mort civile. En droit, la différence est grande; la mort civile était assimilée à la mort naturelle; quant à l'interdiction, elle prive l'interdit de l'exercice de ses droits civils, elle opère donc un changement d'état. Il n'en est pas de même de la déconfiture proprement dite, le débiteur insolvable

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 570, note 9, § 384, et par Pont, p. 479, n° 423.

reste à la tête de ses affaires, il conserve sa capacité légale; mais, en fait, il y a un changement considérable. Treilhard l'indique dans l'Exposé des motifs : « Il ne peut plus y avoir ni confiance dans la personne, ni égalité dans le contrat, qui tombe aussitôt, parce qu'il reposait principalement sur ces deux bases (1). » En effet, l'insolvabilité est un dérangement dans les affaires, suite d'une mauvaise gestion ou de l'inconduite; on ne se serait certes pas associé avec une personne insolvable; dès lors l'insolvabilité doit mettre fin à la société.

La loi ne parle pas de la faillite. On admet cependant qu'il faut appliquer à la faillite ce que l'article 1865 dit de la déconfiture. L'esprit de la loi n'est pas douteux. L'orateur du gouvernement, à l'inverse de la loi, ne mentionne que la faillite; il y à, en effet, un motif de plus de mettre fin à la société, quand l'un des associés est déclaré en faillite. La déconfiture n'apporte aucun changement légal à la capacité du débiteur insolvable ; tandis que le failli est dessaisi de l'administration de ses biens, laquelle passe aux mains des créanciers ou des syndics qui administrent pour eux. On peut donc appliquer au failli ce que nous avons dit de l'interdit; il y a un changement de personne, ce n'est plus le failli qui est associé, c'est le syndic ; c'est une raison décisive pour mettre fin à la société. Il reste une difficulté de texte. L'article 1865 énumère les causes qui dissolvent la société de plein droit; la loi est donc restrictive : peut-on l'étendre? La cour de Paris répond que la faillite est la déconfiture du commerçant (2); en d'autres termes, le mot *déconfiture* comprend la *faillite*. Cela n'est pas tout à fait exact, car il y a une différence entre la faillite et la déconfiture (3); celle-ci implique l'insolvabilité; la faillite, au contraire, existe dès que le commerçant a cessé ses payements; et elle diffère aussi de la déconfiture par ses effets, comme nous venons de le dire. Toutefois il faut suivre l'opinion générale, parce que, dans le système du code, la faillite et la déconfiture marchent

(1) Treilhard, Exposé des motifs, nº 31 (Locré, t. VII, p. 245).
(2) Paris, 5 janvier 1853 (Dalloz, 1854, 5, 708).
(3) Duranton, t. XVII, p. 546, nº 474).

toujours de pair. Dans l'article 1188, le mot *faillite* comprend la déconfiture: à plus forte raison, le mot *déconfiture*, dans l'article 1865, comprend-il la faillite, car le mot *déconfiture* a un sens général qui permet de l'appliquer à l'insolvabilité du commerçant; et, bien que la cessation de payement suffise, en droit, pour constituer la faillite, en réalité le failli est en dessous de ses affaires; il est donc en déconfiture.

387. La déconfiture donne lieu à une autre difficulté. Met-elle fin à la société de plein droit? D'après le texte, l'affirmative n'est pas douteuse, puisque le code l'assimile à l'interdiction. Mais comment la société peut-elle finir de plein droit quand un associé devient insolvable, alors que cette insolvabilité n'est pas légalement constatée? Quand il s'agit de la faillite, la difficulté ne se présente pas; elle est déclarée par un jugement; à partir de ce moment, la société est dissoute de plein droit. Pour la déconfiture il n'y a pas de jugement; quand donc la société prendra-t-elle fin? Il faut appliquer ici ce que nous avons dit, au titre des *Obligations*, de la déconfiture : elle entraîne la déchéance du terme (art. 1188); et, par suite, la dette devient compensable; ces effets se produisent aussi en vertu de la loi; la situation est donc analogue : il faudra un jugement qui constate l'état d'insolvabilité, et c'est à partir de ce jugement que la société prendra fin (1).

388. La faillite présente une autre difficulté. Si le failli obtient un concordat, il est replacé à la tête de ses affaires, il reprend l'administration de ses biens. En faut-il conclure que la société continuera? La cour de Paris a jugé que la société, dissoute de plein droit par la faillite, ne revit point par le concordat (2). Cela est d'évidence. La société étant dissoute de plein droit, il faudrait, pour la reconstituer, le consentement unanime des associés. On ne concevrait pas même que la loi la fît revivre, car la loi n'impose pas de convention aux parties

(1) Voyez le t. XVII de mes *Principes*, p. 208, nos 196 et 197.
(2) Paris, 5 janvier 1853 (Dalloz, 1854, 5, 708).

intéressées, la liberté la plus entière devant présider aux contrats.

389. On soutenait encore devant la cour de Paris que l'article 1865 ne devait s'appliquer qu'aux sociétés contractées en vue des personnes; que les sociétés contractées en vue des choses, c'est-à-dire des capitaux, subsistaient, quel que fût le changement intervenu dans les personnes. La cour n'a pas admis cette interprétation, et avec raison, nous semble-t-il. Il est vrai que, dans certains cas, le crédit et la considération personnelle de l'un des associés sont indifférents au succès de la société, mais les termes absolus de la loi ne permettent pas de faire ces distinctions. D'ailleurs, en fait, l'insolvabilité d'un associé rejaillit toujours sur la société. Concevrait-on une société entre faillis? Il faudrait cependant aller jusque-là, dans l'opinion contraire.

390. La déconfiture et la faillite entraînent la dissolution de la société de plein droit, par conséquent à l'égard de tous. On a cependant soutenu que le failli ne pouvait pas se prévaloir de son insolvabilité pour rompre la société si les associés veulent la maintenir; d'où l'on a conclu que les créanciers du failli n'ont pas le droit de rompre la société malgré les associés du failli. Cette opinion a une couleur d'équité qui séduit au premier abord : si c'est le failli qui, par sa mauvaise gestion, est devenu insolvable, peut-il se prévaloir de sa faute pour manquer aux obligations qu'il a contractées envers ses associés? Merlin a répondu par des considérations de fait à ce mauvais argument, qui viole la loi. La société est dissoute de plein droit; les associés ne demandent pas la dissolution contre le failli, c'est la loi qui la prononce. Le failli, de son côté, ne demande rien, ne se prévaut de rien; ses créanciers invoquent la loi. Sans doute les associés peuvent reconstituer la société, mais il faut pour cela une nouvelle convention; le failli peut y concourir si les autres associés l'admettent; la loi n'intervient pas dans ce qui se fait entre associés, mais c'est elle qui déclare la société dissoute (1).

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Société*, § IX.

391. Nous disons que la loi rompt la société. Cela ne veut pas dire que la loi impose la dissolution aux associés, en ce sens qu'il ne leur soit pas permis de stipuler que la société continuera malgré la déconfiture de l'un d'eux. La cour d'Orléans dit très-bien que pour la société, comme pour les autres contrats, la loi établit des principes généraux destinés à régler les droits et les obligations des associés, pour le cas où ils ne les auraient pas réglés eux-mêmes par leurs conventions; les parties peuvent donc déroger aux règles que le code contient sur la dissolution de la société, comme elles en ont le droit dans tout contrat, il n'y a d'autres limites à cette liberté que l'ordre public et les bonnes mœurs; or, les causes de dissolution sont, en général, d'intérêt privé; telle est, notamment, la déconfiture : la loi permet aux parties de stipuler que la société subsistera malgré la mort d'un associé; par la même raison, il leur est permis de convenir que la déconfiture de l'un d'eux ne mettra pas fin à l'association. Cette stipulation doit-elle être expresse? Il faut appliquer à la déconfiture ce que nous avons dit de la mort (n° 381). La loi n'exige pas de termes exprès; mais, comme il s'agit d'une exception, elle doit résulter clairement des termes de l'acte. Dans l'espèce, la cour d'Orléans a jugé qu'il résultait des diverses clauses de l'acte que l'intention des contractants était que la société ne fût point dissoute par la déconfiture de l'un d'eux (1).

§ VII. *Y a-t-il des exceptions à l'article* 1865?

392. On admet que les sociétés charbonnières ne se dissolvent pas par la mort de l'un des associés. Nous reviendrons sur ces sociétés et sur les caractères particuliers qui les distinguent.

Y a-t-il d'autres sociétés qui ne finissent pas par la mort de l'un des associés? Une société traite avec une ville, pour une période de trente-six ans, pour la fourni-

(1) Orléans, 29 août 1844 (Dalloz, 1854, 5, 708).

ture du gaz; il a été jugé que cette société ne finit point par la mort. En traitant avec la ville pour une période déterminée, dit la cour de Paris, les associés ont nécessairement voulu que leur société eût la même durée; ils ont donc dérogé à l'article 1865, qui dispose, pour les cas ordinaires seulement et sauf convention contraire, que le décès de l'un des associés met fin à la société (1). Cette décision n'est-elle pas trop absolue? Elle s'applique à toutes les sociétés à terme, de sorte que l'article 1865 ne recevrait d'application qu'aux sociétés contractées pour un temps illimité. C'est introduire dans la loi une distinction qui la modifie profondément. L'interprète n'a pas ce droit. Il faut maintenir comme principe que la société se dissout de plein droit par la mort, sauf convention contraire. Cette convention est une exception, et, à ce titre, elle doit être stipulée. Or, dans l'espèce, il n'y avait aucune stipulation; la cour a admis l'exception en se fondant sur la nature de la société. C'est, nous semble-t-il, dépasser la loi et la refaire. Il y a bien des sociétés, sans doute, qui, dans l'intérêt des parties contractantes, devraient se continuer malgré la mort d'un associé; mais, si tel est l'intérêt des associés, ils doivent en faire l'objet d'une stipulation; s'il n'y a aucune clause qui indique une exception, on reste sous l'empire de la règle.

393. Il y a un arrêt analogue de la cour de Liége en matière de déconfiture. « Si, dit-elle, la société se dissout, en général, par la déconfiture de l'un des associés, il est des sociétés qui survivent aux causes ordinaires de dissolution. » Ici nous arrêtons la cour; elle fait une véritable exception à la loi; ce n'est plus sur les stipulations des parties qu'elle se fonde, c'est sur la nature de la société; elle crée donc une exception générale; c'est dire qu'elle modifie la loi, et modifier la loi, c'est la faire. L'arrêt continue : « Il en est ainsi quand il résulte de l'*ensemble des stipulations* du contrat social, de la *nature* et du *but* de l'entreprise que l'intention des parties a été que la société durât *aussi longtemps que le but ne serait pas complété-*

(1) Paris, 10 juin 1869 (Dalloz, 1870, 1, 304).

ment atteint (1). » Nous ne pouvons admettre d'autres exceptions que celles qui sont stipulées dans le contrat; l'exception ne saurait donc être générale, elle est nécessairement spéciale et conventionnelle. Or, l'exception admise par la cour de Liége est tellement générale, qu'elle détruit la règle. Y a-t-il une société sans but? Et l'intention des associés, dans toute société, n'est-elle pas d'atteindre ce but? Donc toute société devrait survivre à la mort de l'un des associés. Ce n'est certes pas ce que la cour a voulu dire, mais sa décision conduit à cette conséquence, et la conséquence témoigne contre le principe d'où elle découle.

SECTION II. — Des cas dans lesquels la société ne finit pas de plein droit.

§ I[er]. *Quand la société finit par la volonté d'un associé.*

394. L'article 1865, n° 5, porte : « La société finit par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société. » Cette disposition est trop absolue et inexacte dans ces termes généraux. L'article 1869 explique et restreint le principe établi par l'article 1865 : « La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée. » Et l'article 1871 ajoute : « La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu qu'autant qu'il y en a de justes motifs. » La loi distingue donc les sociétés à terme des sociétés dont la durée est illimitée; c'est seulement dans ces dernières qu'elle permet à l'un des associés ou à plusieurs de mettre fin à la société par leur volonté. Cette faculté, donnée à l'une des parties contractantes, de rompre le contrat, est une exception à une règle fondamentale des conventions : tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites, elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement

(1) *Pasicrisie*, 1847, 1, 82. La *Pasicrisie* ne donne pas la date de l'arrêt, ni le nom de la cour qui l'a rendu.

mutuel (art. 1134). Quelle est la raison de l'exception? Les sociétés dont la durée est illimitée n'ont d'autre fin que la mort des associés (art. 1844); en ce sens elles sont perpétuelles, puisqu'elles enchaînent les associés pendant toute leur existence. Or, les sociétés perpétuelles ont de graves inconvénients. La défiance et le désordre peuvent prendre la place de la confiance et de l'amitié; si la société devait continuer jusqu'à la mort de l'un des associés, elle deviendrait une source d'incessantes contestations; les associés en souffriraient ainsi que l'intérêt général. Il fallait donc donner aux associés le droit de rompre une convention qui ne peut plus atteindre son but; c'est une des *causes légitimes* qui autorisent la dissolution de la société, aux termes de l'article 1871; seulement la loi ne fait pas intervenir la justice, elle s'en rapporte à la volonté des associés, ils sont les meilleurs juges de leurs relations; personne mieux qu'eux ne peut savoir si la vie commune devient nuisible; voilà pourquoi leur volonté suffit pour y mettre fin. Ces motifs peuvent exister dans une certaine mesure, alors même que la société est à terme; la désunion peut aussi éclater entre les associés. Pourquoi la loi ne permet-elle pas à l'un d'eux ou à plusieurs de rompre une association qui ne pourra guère prospérer? C'est que les motifs ont moins de gravité, précisément parce que le terme de la société est connu. En étendant l'exception à toutes les sociétés, l'exception aurait détruit la règle de l'irrévocabilité des conventions. Il y a d'ailleurs une différence entre les sociétés à terme et les sociétés illimitées qui justifie la distinction que la loi fait en ce qui concerne le droit de demander leur dissolution. Les sociétés dont la durée est illimitée sont perpétuelles, cette perpétuité apporte une certaine entrave à la liberté de l'homme; or, la liberté est le plus précieux de nos droits, le plus grand de nos biens, elle devait l'emporter sur le principe de l'irrévocabilité des conventions. Notre conclusion est que le droit de renoncer à une société est d'ordre public; or, dans les sociétés à terme, l'intérêt général est hors de cause.

395. Quand la société est-elle à terme? quand sa durée

est-elle illimitée? Le terme peut être exprès ou tacite; l'un et l'autre donnent lieu à des difficultés. D'après l'esprit de la loi, tel que nous venons de l'exposer, il faut considérer comme société illimitée celle qui est perpétuelle, ou qui peut l'être; et la société est perpétuelle dès qu'elle doit durer pendant toute la vie des associés, tandis que la société est à terme quand elle n'embrasse pas la vie entière des associés. Il suit de là qu'une société qui, en apparence, n'a pas de terme fixe peut néanmoins être à terme, et qu'une société qui, en apparence, a un terme peut néanmoins être illimitée.

La société contractée pour une affaire déterminée est-elle à terme ou est-elle illimitée? La décision dépend de la nature de l'affaire. Si elle doit se terminer dans un certain temps qui ne s'étend pas jusqu'à la mort des associés, la société sera à terme, et on appliquera, par conséquent, l'article 1871. Si, au contraire, la société peut durer pendant des siècles, elle sera évidemment illimitée. Dans cette dernière hypothèse, il n'y a guère de doute. Une société est contractée pour l'exploitation de mines d'un bassin houiller. Elle a un objet déterminé; est-ce à dire qu'elle soit à terme? Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, il était constaté par le rapport de l'ingénieur des mines que l'exploitation pouvait durer quatorze siècles. Cela est décisif (1). Toutefois il reste un doute : les règles de l'article 1865 s'appliquent-elles aux sociétés charbonnières? Nous reviendrons sur la question.

Si l'affaire est déterminée, mais que la durée de l'opération ne soit pas fixée, sans cependant qu'elle soit de nature à continuer pendant toute la vie des associés, la société sera à terme. C'est l'avis de tous les auteurs, sauf le dissentiment de Duranton. En principe, la question n'en est pas une. Le terme est tacite. L'article 1844 le dit : « S'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, la société est censée contractée pour le temps que doit durer cette affaire. » Or, nous supposons que ce temps est moin-

(1) Rejet, 1er juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 244).

dre que la vie des associés ; donc la société est à terme, d'après le texte et d'après l'esprit de la loi. La conséquence est que cette société ne prendra pas fin par la volonté d'un seul ou de plusieurs des associés. Sur ce point encore, il y a une décision implicite dans le texte de la loi. L'article 1844 dispose que, dans le silence de la convention, la société est censée contractée pour toute la vie des associés, c'est une société perpétuelle ; aussi la loi réserve-t-elle aux associés le droit d'y renoncer : « sous la modification portée en l'article 1869. » L'article 1844 ajoute que s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, la société est censée contractée pour tout le temps que doit durer cette affaire ; donc la durée de cette société est limitée, aussi la loi ne réserve-t-elle pas aux associés le droit consacré par l'article 1869. Ce rapprochement nous paraît décisif. Nous supposons naturellement que l'affaire ne doit pas durer pendant toute la vie des associés (1).

Il reste une hypothèse qui est également controversée, bien qu'il n'y ait aucun doute. Une société contractée à vie est-elle une société à terme? Oui, dit-on, parce qu'elle a un terme certain, la mort. Sans doute ; mais cela n'empêche pas les jurisconsultes romains de la qualifier de société perpétuelle, parce que, au point de vue des intérêts de ce monde, la durée de la vie terrestre est une éternité ; donc, dans l'esprit de la loi, la société a une durée illimitée, et, partant, il y a lieu d'appliquer l'article 1869. Nous disons qu'il n'y a aucun doute ; en effet, l'article 1844, que nous venons de transcrire, tranche la question ; il décide que, dans le silence de la convention, la société est censée contractée *à vie*, et il renvoie à l'article 1869, c'est-à-dire qu'il réserve le droit de renonciation des associés. Si les sociétés déclarées contractées *à vie* par la *loi* sont des sociétés illimitées, comment se ferait-il qu'une société que les *associés* ont contractée à *vie* ne fût pas illimitée (2)?

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 570, note 13. Pont, p. 184, n° 250, p. 486, n^{os} 737 et 738, et les auteurs qu'ils citent. En sens contraire, Duranton, t. XVII, p. 548, n° 476.

(2) Pont, p. 487, n° 737. En sens contraire, Bravard-Veyrières, *Sociétés commerciales*, p. 260.

396. Les articles 1865, n° 5, et 1869 sont conçus en termes généraux; ils s'appliquent donc à toute société. On a prétendu qu'il y avait exception pour les sociétés par actions, parce que ces sociétés sont des associations de capitaux plutôt que de personnes. Nous avons répondu d'avance à l'argument; la faculté donnée par l'article 1869 est d'ordre public, donc elle est absolue et ne comporte pas d'exception (1).

Le droit de renonciation consacré par l'article 1869 a un caractère spécial que n'ont pas les autres causes qui mettent fin au contrat de société; les associés y peuvent déroger par leurs conventions en stipulant que la mort et la déconfiture ne mettront pas fin à leur société; ils ne peuvent pas déroger à la faculté de renonciation, parce qu'elle est d'ordre public. Si l'on admet le principe, la conséquence ne saurait être contestée. La cour de cassation l'a consacrée (2), et telle est aussi la doctrine des auteurs (3). Il est vrai que Pothier admettait la validité d'une convention contraire; ne serait-ce pas parce que, sous l'ancien régime, la liberté était un droit moins sacré que sous le régime inauguré par la révolution de 1789? La cour de Lyon a maintenu l'opinion de Pothier, mais en niant le principe que la renonciation soit d'ordre public (4); cela est logique, mais cela est en opposition avec l'esprit de nos lois modernes.

397. La jurisprudence admet cependant une exception au droit de renoncer, en ce sens que la renonciation à ce droit résulte implicitement de la clause qui permet à chaque associé de vendre son droit et de se retirer de la société. Cette clause concilie l'intérêt de l'associé qui veut se retirer de la société avec l'intérêt des autres associés qui veulent maintenir le pacte social. Il est inutile de demander la dissolution de la société quand on peut réaliser son droit et se décharger de ses obligations par le

(1) Pont, p. 491, n° 741. En sens contraire, Alauzet, *Commentaire du code de commerce*, t. I, n^os^ 254 et suiv. de la 2^e^ édition.
(2) Rejet, 1^er^ juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 244).
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 571, note 15. Pont, p. 493, n° 742.
(4) Pothier, *De la société*, n° 151. Lyon, 12 août 1828 (Dalloz, au mot *Mines*, n° 194).

moyen facile d'une cession d'actions. La jurisprudence ne met qu'une condition à cette renonciation tacite, c'est que la clause qui tient lieu du droit de dissolution procure à l'associé le même avantage, c'est-à-dire que sa seule volonté suffise pour disposer de son droit. Si l'acte social exige une condition d'où résulte une entrave quelconque, telle que l'agrément d'un conseil d'administration, ou le consentement des associés, on ne peut plus dire que l'associé est libre de rompre ses liens; dès lors il conserve le droit de mettre fin à la société par sa volonté, conformément à l'article 1869 (1).

Cette jurisprudence nous laisse un doute. Elle est fondée en équité et elle concilie les divers intérêts. Mais est-elle aussi fondée sur la rigueur du droit? On admet généralement que la faculté accordée par l'article 1869 aux associés est d'ordre public; si ce principe est vrai, il faut être logique et en admettre les conséquences. On ne renonce pas à un droit qui est d'ordre public, c'est-à-dire d'intérêt général; et si la renonciation pure et simple est nulle, il en doit être de même de la renonciation moyennant un équivalent. En effet, pourquoi ne peut-on pas renoncer à ce qui est d'ordre public? Parce que l'article 6 du code civil défend de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Donc toute convention est prohibée dès qu'elle déroge en quoi que ce soit à l'article 1869, lequel est d'ordre public.

398. D'après l'article 1865, n° 5, *la volonté* de n'être plus en société suffit pour y mettre fin. L'article 1869 modifie ce que cette disposition a de trop absolu; la loi ne donne jamais son appui à l'arbitraire, et elle n'autorise pas le caprice. La renonciation ne dissout la société que si elle est de bonne foi et non faite à contre-temps. Quand la renonciation n'est-elle pas de bonne foi? L'article 1870 répond : « Lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de reti-

(1) Rejet, 6 décembre 1843, sur les conclusions contraires de l'avocat général (Dalloz, au mot *Société*, n° 736). Rejet, 13 juillet 1868 (Dalloz, 1869, 1, 137) Liége, 15 novembre 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 152). La doctrine est dans le même sens (Pont, p. 493, n^os^ 743 et 744, et les auteurs qu'il cite).

rer en commun. » Il ne faut pas donner à cette disposition une extension qui n'est pas dans la pensée du législateur. On suppose que l'associé qui se retire de la société, ou qui en demande la dissolution, entreprenne ensuite une industrie analogue à celle qui faisait l'objet de la société. Sa renonciation sera-t-elle considérée par cela seul comme étant de mauvaise foi? Non, la bonne foi est une question de fait; il se peut que les divisions qui déchiraient la société justifient pleinement la dissolution demandée par l'un des associés. Cela l'empêchera-t-il d'exercer la même industrie ou de créer un établissement analogue? Non, certes. La liberté de l'industrie est un des droits de l'homme proclamés par la révolution de 1789; l'associé peut l'exercer, comme le vendeur le peut. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVI, n° 141). La jurisprudence est en ce sens (1).

Quand la renonciation est-elle faite à contre-temps? L'article 1870 répond : « Lorsque les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée. » Pothier donne comme exemple le cas où il serait de l'intérêt de la société de garder les marchandises achetées en commun et d'attendre le temps favorable pour les revendre. Il ajoute, ce qui va sans dire, que pour juger si une renonciation est faite à contre-temps, c'est l'intérêt commun de la société qu'il faut considérer, et non l'intérêt particulier de celui qui s'oppose à la renonciation (2).

Quel serait l'effet d'une renonciation faite de mauvaise foi ou à contre-temps? La renonciation est nulle, aux termes de l'article 1869 : la dissolution a lieu, dit la loi, par la volonté de l'une des parties, *pourvu que* cette renonciation soit de bonne foi et non faite à contre-temps; donc si la renonciation est faite de mauvaise foi et à contre-temps, la dissolution n'a pas lieu, c'est-à-dire que la renonciation est nulle. Quel est le caractère de cette nullité? Elle est relative de sa nature, puisque la condition

(1) Bruxelles, 13 juillet 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 210).
(2) Pothier, *De la société*, n° 151.

n'est établie que dans l'intérêt des associés ; ceux-ci seuls peuvent donc se prévaloir de la nullité ; le droit autant que la morale s'opposent à ce que l'associé renonçant invoque sa mauvaise foi (1).

399. L'article 1869 exige encore une condition de forme pour que la renonciation puisse être opposée aux associés de celui qui exprime la volonté de n'être plus associé : la renonciation doit être notifiée à tous les associés. Une notification implique un écrit, mais la loi n'exige pas une *signification* par huissier ; une lettre suffit donc, sauf la difficulté de preuve. On enseigne que l'écrit sous seing privé doit être rédigé dans la forme prescrite par l'article 1325 (2). C'est une erreur ou un malentendu. La notification n'est pas un contrat, c'est la manifestation d'une volonté unilatérale ; donc la disposition de l'article 1325 est inapplicable. Sans doute si l'associé renonçant prétend prouver que sa renonciation a été agréée par ses associés, il y aura concours de consentement et, par suite, convention ; ce qui rend applicable la disposition de l'article 1325. Mais l'agrément des autres associés n'est pas requis ; la volonté de celui qui renonce dissout le contrat, sauf aux autres à contester la validité de la renonciation.

Quel est l'effet d'une renonciation qui ne serait point notifiée à tous les associés? Elle serait nulle en vertu du texte de l'article 1869, comme nous venons de le dire de la renonciation faite de mauvaise foi (n° 398), et la nullité serait relative ; l'associé renonçant ne peut pas s'en prévaloir, tandis que les autres associés peuvent l'invoquer, et ils peuvent aussi ne pas l'opposer. Ceux à qui la renonciation n'aurait pas été notifiée peuvent certainement se prévaloir de l'inobservation de la loi ; on admet, et avec raison, que les associés à qui la notification a été faite peuvent aussi exciper de la nullité, car la société ne peut pas être dissoute à l'égard des uns et être maintenue à l'égard des autres ; seulement si les associés qui n'auraient

(1) Voyez, en sens divers, Pont et les auteurs qu'il cite, p. 498, n° 751.
(2) Comparez Pont, p. 495, n° 746, et les auteurs qu'il cite.

pas reçu de notification confirmaient la renonciation irrégulière, ceux qui l'auraient reçue ne pourraient plus en demander la nullité, puisque la renonciation notifiée aux uns et confirmée par les autres serait validée, et ne pourrait plus être attaquée (1).

§ II. *Des causes légitimes pour lesquelles les associés peuvent demander la dissolution des sociétés à terme.*

400. « La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres causes semblables dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges » (art. 1871). Ce qui distingue ces causes qu'on appelle légitimes de la renonciation des associés, dont nous venons de parler, c'est qu'elles sont abandonnées à l'appréciation du juge; c'est lui qui prononce la dissolution, il la prononce pour causes graves, et c'est encore lui qui décide si la cause a une gravité suffisante pour justifier la dissolution. Tel est le principe; la loi l'applique à deux cas, et, en l'appliquant elle enlève au juge le pouvoir d'arbitrage qu'elle lui accorde, en général, dans cette matière. Quand l'un des associés manque à ses engagements, ou qu'il est atteint d'une infirmité qui l'empêche de les remplir, il y a cause légitime de dissolution; seulement le juge conserve un droit d'appréciation qu'il a toujours dans les questions de fait. Pour les causes non prévues par la loi, elle s'en rapporte entièrement au juge; il décide souverainement s'il y a cause légitime et si la cause a la gravité requise pour entraîner la dissolution de la société.

401. La première cause de dissolution que la loi prévoit est celle de la condition résolutoire tacite qui est sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engage-

(1) Duvergier, p. 545, nos 458-460. Duranton, t. XVII, p. 552 et 553, no 477. Pont, p. 496 et suiv., nos 749, 750.

ments. L'article 1184 reçoit son application à la société, puisque la société est un contrat bilatéral. Il suit de là que tout ce que nous avons dit, au titre des *Obligations*, de la condition résolutoire tacite s'applique à la société. La résolution doit être demandée en justice; le juge doit constater d'abord s'il y a inexécution des engagements, puis quel est le motif pour lequel l'une des parties n'a pas rempli ses obligations; il peut accorder au défendeur un délai selon les circonstances. Si, à l'expiration de ce délai, l'associé n'a pas satisfait au jugement, la résolution doit être prononcée.

La cour de Bordeaux a fait l'application de la loi à l'espèce suivante. Une société s'était formée entre un marchand de vins et une personne étrangère au commerce; celle-ci avait traité de confiance, et, comme elle le disait dans ses lettres, les yeux fermés. Son associé devait mettre dans la société 808 barriques et demie de vins rouges et blancs, classés par crus et rang d'âge suivant inventaire. Cette obligation ne consistait pas seulement à apporter la quantité de vins convenue, mais aussi des vins des crus et âges indiqués dans l'inventaire, lequel ne faisait qu'un avec l'acte de société. La plupart des vins étaient indiqués comme provenant des crus de Saint-Julien, Paulliac et Saint-Estèphe, et les prix auxquels ils étaient cotés étaient en rapport avec la valeur des vins de même provenance. Il fut établi par les livres mêmes du marchand que les vins par lui fournis ne provenaient nullement des crus indiqués; que c'était un mélange de vins divers de qualité et de prix fort inférieurs. La cour en conclut que l'associé avait manqué à ses engagements, puisque, au lieu de crus distingués et accrédités dans le commerce, il n'avait apporté dans la société qu'un mélange de vins communs dont la qualité ne répondait en aucune façon à ce qu'il avait promis. Le mauvais succès de l'association, continue la cour, était la conséquence inévitable de la fausse qualification des vins et de l'élévation exagérée des prix. En conséquence, la cour prononça la résolution de la société, avec l'effet qui est attaché à toute résolution, c'est-à-dire que le contrat est considéré comme n'ayant

jamais existé. Dans l'espèce, cette décision se justifiait parfaitement par les faits de la cause; l'associé avait contrevenu à ses engagements dès l'origine de la société et exposé par là son associé à des pertes certaines; il était donc juste de faire remonter la dissolution à la même époque et de rejeter les pertes sur la partie qui les avait occasionnées par sa mauvaise foi. L'arrêt est sévère, mais aussi bien fondé en équité qu'en droit (1).

402. La résolution du contrat de société diffère beaucoup de la dissolution qui a lieu, soit de plein droit dans les cas prévus par l'article 1865, soit par sentence du juge pour causes légitimes. Dans tous ces cas, la société *finit*, comme dit la loi; elle a donc existé, elle a produit des effets; quand elle prend fin, il y a lieu à liquidation et à partage. Il n'en est pas de même de la condition résolutoire tacite : la résolution anéantit le contrat; les choses sont remises au même état que si la société n'avait point existé. Quoique prononcée par le juge, la résolution ne date pas du jour du jugement; elle rétroagit au jour du contrat, parce que la condition résolutoire y est sous-entendue; c'est donc en vertu de la volonté tacite des parties contractantes que le contrat est résolu. La condition peut aussi être expresse; dans ce cas, il n'y a pas lieu à l'intervention du juge, la résolution se fait de plein droit par la volonté des parties contractantes. En est-il de même du pacte commissoire, c'est-à-dire de la clause du contrat portant que, si l'une des parties n'exécute pas ses engagements, la société sera résolue, ou qu'elle sera résolue de plein droit? Nous avons examiné la question, en principe, au titre des *Obligations*, et nous l'avons rencontrée de nouveau aux titres de la *Vente* et du *Louage*. Les principes sont les mêmes en matière de société.

403. La résolution du contrat en vertu de la condition résolutoire tacite suppose que la condition est écrite au contrat, en ce sens qu'il s'agit d'engagements contractés par les associés dans le pacte social. Si, pendant la durée de la société, l'un des associés contractait une obli-

(1) Bordeaux, 29 juillet 1857 (Dalloz, 1858, 2, 115).

gation, l'inexécution entraînerait-elle aussi la résolution dans le sens de l'article 1184? Il faut distinguer. Si cette obligation est consentie par une convention qui modifie le pacte social, il y a lieu d'appliquer le principe de l'article 1184; en effet, la clause nouvelle fait partie de l'acte de société, avec lequel elle s'identifie. C'est donc le pacte social qui est violé, et, par suite, l'article 1184 doit recevoir son application (1). Mais si la convention était distincte du pacte primitif, on ne pourrait pas dire que ce pacte est rompu par l'inexécution d'un engagement qui n'y était pas prévu. Ce pourrait être une cause légitime de dissolution; mais la société ne serait pas résolue, elle prendrait fin à partir de la sentence du juge, et ce serait au juge à décider si la cause a une gravité suffisante pour légitimer la dissolution.

404. Il nous faut dire un mot d'un arrêt critiqué par tous les auteurs, ne fût-ce que pour montrer l'ignorance qui règne sur les principes les plus élémentaires, et l'erreur de la cour prouve en même temps l'importance de ces principes. Une société en nom collectif est formée à terme; l'un des associés refuse formellement d'exécuter le contrat. Quel doit être l'effet de ce refus? La cour de Lyon répond que le refus par lui seul entraîne la dissolution de la société, sauf aux autres associés à demander des dommages-intérêts. L'arrêt est longuement motivé, et, nous devons le dire, il y a presque autant d'erreurs que de mots. Nous n'insistons que sur l'erreur de principe. Voici en deux mots le raisonnement de la cour. La société en nom collectif emporte pour tous les associés l'obligation de prendre part à la gestion des affaires sociales. Cet engagement est une obligation de faire; or, personne ne peut être contraint à faire; donc, du moment que l'un des associés refuse de faire ce à quoi il était tenu, la société doit être dissoute. De là la cour tire cette étrange conséquence que l'associé qui refuse son concours peut lui-même demander la dissolution de la société, et que cette dissolution doit être prononcée, sauf à ses associés à réclamer

(1) Rejet, 27 mars 1844 (Dalloz, au mot *Société*, n° 655).

des dommages-intérêts (1). Nous avons signalé l'erreur d'avance, au titre des *Obligations* (t. XVI, n° 197-201). Il n'est pas vrai de dire que les obligations de faire ne donnent qu'un seul droit au créancier, celui de réclamer des dommages-intérêts. Ces obligations ne diffèrent pas, en essence, des obligations de donner ; il en résulte une action au profit du créancier pour forcer le débiteur à faire ce qu'il s'est obligé de faire, et le juge doit l'y condamner ; c'est seulement quand cette exécution directe et forcée devient impossible que le créancier doit se contenter de dommages-intérêts. En tout cas, c'est à lui qu'appartient l'action. Si le contrat est synallagmatique, la partie à l'égard de laquelle l'engagement n'a pas été exécuté peut demander la résolution du contrat ; l'article 1184 le dit, en ajoutant que cette partie a le choix, ou de forcer l'autre partie à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts. C'est donc l'associé de celui qui refuse son concours qui a le droit d'agir ; s'il n'agit pas, le contrat subsiste. Jamais on n'a prétendu que le débiteur qui manque à ses engagements puisse se fonder sur l'inexécution de ses obligations pour demander la résolution du contrat ; c'est renverser les rôles du débiteur et du créancier et bouleverser les notions les plus simples, en transformant l'obligation du débiteur en un droit qui naîtrait, pour lui, de l'inexécution de ses engagements. Cette erreur, qui est une vraie hérésie juridique, découle de la fausse notion que l'on se fait, dans la pratique, de l'obligation de faire.

405. L'article 1871 considère encore comme une cause légitime de dissolution l'infirmité habituelle qui rend un associé inhabile aux affaires de la société. Il faut que l'infirmité soit habituelle ; une maladie passagère ne suffirait pas pour entraîner la dissolution de la société. En principe, les contrats sont irrévocables, ce n'est que par exception qu'ils peuvent être rompus ; l'exception doit donc avoir une certaine gravité ; il y a cause grave quand un associé est atteint d'une infirmité habituelle qui le met

(1) Lyon, 18 mai 1823 (Dalloz, au mot *Société*, n° 658). Comparez la critique de Dalloz, et Pont, p. 504, n° 763, et les auteurs qu'il cite.

dans l'impossibilité de remplir ses devoirs sociaux. C'est la seconde condition exigée pour que la dissolution de la société puisse être demandée pour cause d'infirmité. Pothier l'explique en disant que l'infirmité d'un associé devient un motif de rompre le contrat lorsque les affaires de la société sont telles, qu'elles exigent que cet associé y vaque lui-même (1).

La loi qualifie de *dissolution* la rupture de la société qui a lieu par suite de l'infirmité d'un associé et celle qui résulte de la condition résolutoire tacite. Il y a cependant une différence considérable entre les deux hypothèses. Nous venons de la signaler (n° 402) : la condition résolutoire résout la société comme si elle n'avait jamais existé; tandis que la dissolution laisse subsister la société et les effets qu'elle a produits jusqu'au moment où la société est dissoute par la sentence du juge. La différence est incontestable en droit; elle est aussi fondée en raison. Il est vrai que, dans l'un et l'autre cas, il y a un associé qui ne remplit pas ses engagements; mais dans le cas où il ne peut pas vaquer aux affaires sociales par suite d'une infirmité, on ne peut pas dire qu'il *manque* à ses engagements; il les a remplis jusqu'au moment où l'infirmité est survenue, on n'est donc pas dans le cas de la résolution; la société prend fin pour une cause qui est étrangère au pacte social, en ce sens qu'elle n'en forme pas une condition. Il en est tout autrement quand l'un des associés n'exécute pas les engagements qu'il a pris dans le pacte social; le pacte est rompu par sa faute, il est donc juste que la société soit considérée comme non avenue.

406. L'article 1871 pose en principe que la dissolution des sociétés à terme peut être demandée s'il y en a de *justes motifs*; il donne comme exemples l'inexécution des engagements d'un associé et l'infirmité habituelle qui vient le frapper; puis la loi ajoute *ou autres cas semblables*. Quels sont ces cas? Le code répond que la *légitimité* et la *gravité* de ces cas sont laissées à l'arbitrage du juge. Les causes doivent donc être *légitimes* et *graves*; c'est le

(1) Pothier, *De la société*, n° 152.

juge qui décide si la cause alléguée a ces caractères, et sa décision est souveraine. Seulement le juge doit tenir compte des exemples que la loi donne comme formant un juste motif de dissolution. Il faut donc que la cause soit de nature à compromettre l'objet de la société, en ce sens que les associés n'en pourront pas retirer le profit qu'ils auraient pu réaliser. Un préjudice passager ne suffirait point; la loi le décide ainsi en exigeant que l'infirmité soit habituelle pour entraîner la dissolution de la société. On donne comme exemple la désunion qui éclate parmi les associés; il ne suffit pas de la moindre mésintelligence, que l'on peut comparer à une maladie temporaire; mais si la discorde est dans les esprits et qu'elle s'envenime de jour en jour, il importe de mettre fin à la société, puisqu'elle ne peut plus atteindre son but.

SECTION III. — Du partage.

407. Régulièrement la dissolution de la société est suivie du partage de l'actif et, s'il y a lieu, du passif social. Il y a exception quand la société est résolue par suite de la condition résolutoire tacite. Dans ce cas, la société étant considérée comme n'ayant jamais existé, on ne partage pas, à proprement parler, le fonds social, puisqu'il n'y a pas de fonds social. Il y aura eu communauté de fait; chacun des associés reprendra ses apports; de bénéfices il n'y en aura point, et quant aux pertes, elles seront supportées, à titre de dommages-intérêts, par l'associé dont la faute a entraîné la dissolution de la société (n° 401).

408. Autre est la question de savoir quand le partage peut être demandé. Nous supposons la société dissoute; tant qu'elle ne l'est pas, il ne peut être question de partager le fonds commun, ni l'une des choses qui font partie du fonds commun; ce serait rompre le pacte social, puisqu'il a été formé pour mettre en commun certaines choses, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter (art. 1832). Même, après la dissolution de la société, l'un des associés ne peut pas demander le partage d'un objet particulier faisant partie de la masse. La cour de

Bordeaux l'a jugé ainsi, et la décision est très-juridique(1). Il faut avant tout que la consistance de l'actif social ait été établie, ce qui ne peut se faire que par un règlement de compte entre associés, qui peuvent être ou débiteurs ou créanciers de la société. C'est seulement après cette liquidation, que l'on peut procéder au partage. Dans l'espèce, l'un des associés demandait le partage d'un domaine acquis pour le compte de la société; mais les héritiers d'un associé décédé avaient d'importantes reprises à exercer, il fallait les liquider; et il se pouvait, dit la cour, que la valeur entière du domaine fût absorbée par ces reprises. Dès lors la demande en partage était prématurée.

409. La liquidation donne lieu à une difficulté de preuve. Pothier dit que pour établir ce qui a été reçu ou mis par la société, les livres de la société tenus par l'un des associés font foi entre eux. Doit-on encore suivre cette décision sous l'empire du code civil? La question a été portée devant la cour de cassation et décidée affirmativement. Dans l'espèce, deux propriétaires avaient formé une société pour l'exploitation d'un vignoble; l'un d'eux avait tenu un registre des dépenses et des recettes : pouvait-il servir de preuve pour établir les comptes? Le premier juge avait admis le registre, malgré ses irrégularités, comme sincère et digne de confiance. Mais il y avait une difficulté de droit. Ne fallait-il pas appliquer à ces registres la disposition de l'article 1332, aux termes de laquelle les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. La cour répond que des écritures sociales ne sont point de simples papiers domestiques dans le sens de l'article 1331; les registres dont parle le code civil sont des écritures que le père de famille tient pour se rendre compte de ses affaires, il les fait dans son seul intérêt; on comprend qu'il ne puisse pas se créer des titres à lui-même. Il n'en est pas ainsi des registres tenus par un associé; ces écritures ont précisément pour objet de faire preuve entre associés; quoiqu'un seul écrive, il

(1) Bordeaux, 25 avril 1831 (Dalloz, au mot *Société*, nº 769).

écrit comme mandataire de l'autre ; ce sont donc des écritures communes émanées des deux parties, et faisant, par conséquent, foi à leur égard (1).

410. Nous arrivons au partage. L'article 1872 porte : « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre cohéritiers s'appliquent au partage entre associés. » Cet article renvoie-t-il à toutes les règles concernant le partage des successions? Ou y a-t-il des règles qui ne sont pas applicables au partage des sociétés? Et comment distinguer quelles sont celles qu'il faut appliquer et quelles sont celles dont on ne peut pas faire l'application? On pose d'ordinaire comme principe que l'article 1872 est restrictif, et qu'il doit être interprété restrictivement. Cela n'est pas tout à fait exact. L'article 1872 commence par dire que *les règles concernant le partage des successions* s'appliquent aux partages entre associés ; donc *toutes* les règles. Si l'article 1872 ne contenait que cette disposition, il n'y aurait pas de doute, l'assimilation serait absolue et ne permettrait aucune exception. Cependant tout le monde est d'accord qu'il faut faire certaines exceptions : le peut-on en présence du texte de la loi? L'article 1872 ajoute : « Les règles concernant la *forme* de ce partage, et les *obligations* qui en résultent entre les *cohéritiers* s'appliquent aux partages entre associés. » Cette disposition serait tout à fait inutile si le commencement de l'article avait le sens général qu'il paraît avoir ; il faut donc admettre que les termes de la loi ne sont pas aussi absolus qu'ils en ont l'air ; que, par conséquent, l'intention du législateur n'a pas été de rendre applicables au partage des sociétés toutes les règles qu'il établit pour le partage des successions. Reste à préciser celles qui sont applicables et celles qui ne le sont pas. Si l'on examine la difficulté en principe, la solution n'est guère douteuse. Le partage est un seul et même fait juridique, quelle que soit la cause de l'indivision à laquelle il met fin ; que ce soit la succession *ab intestat*, testamentaire ou contrac-

(1) Rejet, 17 février 1869 (Dalloz, 1870, 1, 40).

tuelle, que ce soit la communauté ou la société : le fait étant identique, les conséquences doivent aussi être les mêmes. Donc les règles que le code trace, au titre des *Successions*, sur le partage sont générales de leur nature et doivent, par conséquent, recevoir leur application à la société. Il n'y a d'exception que pour les dispositions qui ont leur raison d'être dans des relations entre cohéritiers, relations qui ne sont pas les mêmes entre associés. Ce principe peut se concilier avec le texte de l'article 1872; la loi n'applique pas absolument à la société toutes les règles du partage entre cohéritiers, sans dire quelles sont celles qu'elle ne rend pas applicables; la difficulté doit donc être décidée par les principes généraux de droit.

411. L'article 841 établit, au profit des héritiers, le retrait successoral dans le cas où un cohéritier vend son droit à la succession. On demande si les associés ont le même droit. La négative a été jugée par la cour de Paris, et elle nous paraît certaine. Cette même question se présente en matière de communauté, et nous l'avons décidée dans le même sens (t. XXIII, n° 17). L'article 841, dit la cour de Paris, contient une disposition spéciale et exceptionnelle, créée dans le but d'empêcher des étrangers de pénétrer dans les secrets de famille. Cette raison de moralité publique ne se rencontre pas dans les sociétés; tout y est patent, écrit et consigné dans les livres et dans une correspondance commune à tous les associés, et quand on les consulte, c'est pour apprécier des faits et des opérations, qui sont des affaires et non des secrets (1). La doctrine est unanime en ce sens (2).

412. Le partage met en jeu des intérêts très-divers; la loi prend soin de les sauvegarder tous, en les conciliant. On demande si les créanciers ont, en matière de société, les droits que la loi leur accorde en matière de succession. Il y a une première difficulté que la cour de cassation a décidée récemment. L'article 820 porte que les créanciers peuvent requérir l'apposition des scellés en

(1) Paris, 7 juillet 1836 (Dalloz, au mot *Successions*, n° 1870).
(2) Voyez les témoignages dans Pont, p. 514, n° 783.

vertu d'un titre exécutoire ou d'une permission du juge. Ont-ils ce droit en cas de dissolution de la société? Si l'on admet notre principe (n° 410), le droit des créanciers n'est point douteux ; la cour de cassation se borne à dire qu'il résulte de la combinaison des articles 820 et 1872 que les créanciers peuvent requérir l'apposition des scellés sur l'actif social. On objectait que, la société étant en liquidation, l'apposition des scellés empêchait les associés de liquider. La cour de cassation répond d'abord que l'apposition des scellés est une mesure conservatoire qui deviendrait complétement inefficace si les créanciers devaient attendre la fin de la liquidation, alors qu'il n'y a plus rien à sauvegarder. En fait, dit la cour, le juge peut, comme il l'avait fait dans l'espèce, prescrire les mesures qui, en assurant les droits des créanciers, permettent de continuer les opérations de la liquidation. On faisait encore une autre objection. Une clause du contrat social stipulait la continuation de la société entre les associés survivants et interdisait l'apposition des scellés. Une clause pareille est-elle valable? Entre associés, oui; à l'égard des tiers, non; en effet, les associés ne peuvent pas faire de conventions qui nuisent aux tiers (1).

413. L'article 882 donne aux créanciers le droit d'intervenir au partage et de s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence. Il est certain qu'ils ont le même droit quand il s'agit du partage d'une société. Mais l'article 882 ajoute que les créanciers ne peuvent attaquer le partage consommé, à moins qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. Cette disposition, telle qu'elle est interprétée par la cour de cassation, déroge à l'article 1167, qui prévoit précisément cette dérogation ; c'est donc une disposition exceptionnelle. Doit-on l'appliquer aux créanciers sociaux? L'excellent arrêt de la cour de cassation qui a interprété l'article 882 a aussi décidé cette question, et il l'a décidée négativement (2). C'est la vraie solution, à notre avis. L'ar-

(1) Rejet, 23 juillet 1872 (Dalloz, 1873, 1, 355).
(2) Rejet, 9 juillet 1866, au rapport du conseiller D'Ubexi (Dalloz, 1866, 1, 369). Comparez Pont, p. 515, n° 785, et les auteurs qu'il cite.

ticle 1167, qui prévoit une dérogation au principe de l'action paulienne, renvoie au titre des *Successions* et à celui du *Contrat de mariage*, il ne dit rien de la *Société*; l'intention du législateur a donc été de laisser les droits des créanciers sociaux sous l'empire du droit commun : c'est dire qu'il leur permet d'attaquer le partage fait en fraude de leurs droits, sans qu'ils soient tenus de former opposition à ce qu'il y soit procédé sans eux. Si telle est la décision de l'article 1167, il est impossible que l'article 1872 ait soumis les créanciers à une disposition exceptionnelle dont l'article 1167 les affranchit. C'est le cas d'appliquer notre principe (n° 410); l'article 1872 rend applicables au partage entre associés les dispositions du titre des *Successions* qui consacrent des règles générales, et non celles qui établissent des exceptions.

L'argumentation juridique est irréprochable. Mais on peut demander s'il y a une raison de cette différence entre le partage de la société et le partage d'une succession. La modification que l'article 882 apporte à l'exercice de l'action paulienne s'applique au partage de la communauté, d'après la jurisprudence de la cour de cassation que nous avons rapportée, en l'approuvant, au titre du *Contrat de mariage* (t. XXIII, n° 15). Pourquoi le législateur ne l'a-t-il pas étendue à la société, alors que la communauté est une espèce de société? Y a-t-il un motif qui justifie ce retour au droit commun de l'article 1167? Nous n'en connaissons aucun; nous croyons, au contraire, que les raisons qui justifient la disposition exceptionnelle de l'article 882, en matière de succession et de communauté, existent aussi en matière de société. C'est une anomalie législative, à notre avis, mais nous ne voyons aucun moyen de la corriger.

414. L'article 792 porte : « Les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession sont déchus de la faculté d'y renoncer; ils demeurent héritiers purs et simples nonobstant leur renonciation, sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés. » Cette disposition s'applique-t-elle aux associés? La négative est de doctrine et de jurisprudence. D'abord il ne

peut être question de la déchéance de la faculté de renoncer, puisque les associés n'ont pas le droit de renoncer pour se décharger de l'obligation de payer les dettes. Pour appliquer aux associés ce que l'article 792 dit des héritiers, il faudrait donc scinder la loi ; ce qui serait l'étendre plutôt que l'appliquer. Quand la loi a voulu l'étendre, elle l'a dit formellement. Ainsi l'article 1477 dispose que « celui des époux qui aurait diverti ou recélé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets. » Cette disposition est d'autant plus remarquable qu'elle vient après l'article 1476, qui déclare applicables au partage de la communauté les règles établies, au titre des *Successions*, sur les formes du partage et ses effets, disposition analogue à celle de l'article 1872. Cela rend décisif le silence de la loi, au titre de la *Société*. Les peines sont toujours des exceptions, elles n'existent qu'en vertu d'une loi expresse (1).

Nous ferons, sur cette différence que la loi établit entre la société et la communauté, la remarque que nous venons de faire (n° 413) ; c'est que la cupidité qui va jusqu'au recel et au divertissement méritait d'être punie entre associés aussi bien qu'entre époux ou entre héritiers. Du reste, en l'absence d'une peine civile, il y aurait lieu d'appliquer les lois pénales.

415. Aux termes de l'article 826, chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession, et l'article 832 ajoute qu'il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou créances de même nature et valeur. Ces dispositions s'appliquent au partage de la communauté, comme nous l'avons dit au titre du *Contrat de mariage* ; il y a même raison pour les appliquer en matière de société ; l'article 1872 est même, sous ce rapport, plus explicite que l'article 1476, puisqu'il déclare applicables au partage entre associés les règles concernant *le partage* des successions ; que l'arti-

(1) Rejet, 28 août 1865 (Dalloz, 1865, 1, 352). Dans le même sens, les arrêts et les auteurs cités par Pont, p. 516, n° 787.

cle 1476, au contraire, ne parle que des formes et des effets du partage; or, l'égalité dans la distribution des lots est une règle essentielle du partage; il est donc hors de doute qu'on doit l'observer dans le partage entre associés; il faudrait une disposition restrictive pour l'exclure, tandis qu'il y a une disposition générale qui permet et commande de l'appliquer. C'est l'opinion généralement suivie (1).

416. Pothier dit que l'égalité est plus scrupuleusement requise dans les partages que dans les contrats commutatifs, parce que le partage n'est qu'une liquidation de droits préexistants; il en conclut que les partages sont rescindables pour lésion d'un quart, tandis que la rescision de la vente n'était admise dans l'ancien droit que pour une lésion de plus de moitié. Sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre les divers partages, aussi Pothier les met-il tous sur la même ligne (2). Toutefois le projet de code civil, tel qu'il fut adopté par le conseil d'Etat, rejetait l'action en rescision dans le partage entre associés. Le conseil n'était pas favorable à la rescision de la vente; étendait-il cette défaveur au partage de la société? C'eût été très-mal raisonner, car dans tout partage, comme le dit Pothier, l'égalité est un principe essentiel. Le Tribunat en fit la remarque : « Si l'admission de l'action en restitution contre tout partage en général et contre les ventes a d'assez graves inconvénients, ils sont absolument les mêmes et dans le cas de partage d'une succession et dans celui du partage d'une société. Mais ce qui importe essentiellement à la perfection du code civil, c'est de tenir invariablement aux principes qu'il a consacrés; et loin de pouvoir assigner de fortes raisons de différence pour admettre la rescision contre un partage de succession et la rejeter contre celui d'une société, l'action n'est que plus favorable dans le second cas, puisque l'égalité, qui est l'âme de tout partage, appartient plus particulièrement encore à celui d'une société, dont elle constitue la nature et l'essence. » Le Tribunat proposa la suppression de la

(1) Pont, p. 516, n° 788 et les autorités qu'il cite.
(2) Pothier, *De la société*, n° 174.

disposition qui rejetait la rescision pour cause de lésion, et le conseil d'Etat adopta la proposition (1).

417. L'article 1872 applique au partage entre associés les règles concernant les obligations qui résultent du partage entre cohéritiers : telle est la garantie à laquelle les héritiers sont tenus. C'est encore une règle qui tient à l'essence du partage, puisqu'elle a pour objet d'assurer l'égalité qui doit régner entre les copartageants. On applique donc à la société les articles 884 et suivants.

418. L'article 1872 ne parle pas des effets du partage que l'article 1476 comprend dans sa disposition analogue. Faut-il conclure de là que le partage entre associés n'est pas déclaratif de propriété? Non, certes. La disposition générale de l'article 1872 suffit pour rendre applicable au partage entre associés une règle qui, dans le système du code, forme un principe général. Pothier en fait la remarque : « Il y a une grande différence, dit-il, entre notre droit français et le droit romain sur l'effet du partage. Par le droit romain, le partage était une espèce d'échange. Au contraire, selon notre droit français, le partage n'est pas regardé comme un titre d'acquisition, mais comme un acte qui ne fait autre chose que déterminer les parts indéterminées que chacun des copartageants avait, avant le partage, dans la communauté qui existait entre eux, aux seules choses échues au lot de chacun d'eux (2.) » De là le principe établi par l'article 883 : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. » C'est un principe général de notre droit français ; à ce titre, il est compris dans la disposition de l'article 1872.

Le principe est admis par tout le monde. Il y a quelque difficulté dans l'application du principe. On demande si le partage rétroagit seulement au jour de la dissolution de la communauté, ou s'il rétroagit au jour où la société a acquis les choses qui font l'objet du partage? Les opi-

(1) Observations du Tribunat, n° 11 (Locré, t. VII, p. 238).
(2) Pothier, *De la société*, n° 179.

nions sont divisées; la décision dépend du caractère que l'on reconnaît à la société. Si c'est un être moral, distinct des associés, il faut dire que la société est propriétaire et que l'indivision entre les associés ne commence que lors de sa dissolution; dans ce système, le partage rétroagit au jour où la société prend fin. Dans notre opinion, la société n'est pas une personne civile, la société ce sont les associés, ils sont copropriétaires des choses qui composent le fonds social; l'indivision commence donc du jour où la société a acquis les choses, et le partage rétroagit à ce moment. Ce qui donne un grand poids au principe et à la conséquence qui en résulte, c'est que Pothier l'enseigne. Il faut donc appliquer au partage entre associés ce que nous avons dit, au titre des *Successions*, de l'effet déclaratif du partage (1).

Le principe s'applique aussi à la licitation entre copartageants; l'article 883 est formel. Il en résulte que l'inscription que la femme de l'un des associés a prise sur l'immeuble licité, pour son hypothèque légale, est effacée par l'adjudication de l'immeuble à un autre associé. La cour de Metz l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux (2). Il en serait autrement si l'immeuble avait été adjugé à un tiers; dans ce cas, la licitation est une vente, et la vente laisse subsister les hypothèques de même que tous les droits réels qui grèvent la chose vendue.

ANNEXES.

I. *Des sociétés charbonnières.*

419. On lit dans un arrêt de la cour de cassation de Belgique : « La société charbonnière est une société *sui generis*, qui diffère essentiellement de la société ordinaire réglée par le code civil. » En quoi consiste cette différence essentielle? La cour répond que la société charbonnière forme un être moral qui a sa personnalité propre, entière-

(1) Voyez, en sens divers, Pont et les auteurs qu'il cite, p. 519, nos 794 et 795.

(2) Metz, 31 décembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 145).

ment distincte et indépendante de la personne de chacun des associés ou actionnaires (1). Dans notre droit, les sociétés civiles ne sont point des personnes morales ; ce caractère n'appartient qu'aux sociétés de commerce (n° 181). La première question qui se présente est donc de savoir si les sociétés charbonnières sont des sociétés de commerce et si, quoique n'étant point des sociétés commerciales, elles forment des personnes civiles, à quel titre elles jouissent de la personnification.

420. Il est de doctrine et de jurisprudence que les sociétés charbonnières sont des sociétés civiles. L'article 32 de la loi du 21 avril 1810 porte que l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce et n'est pas sujette à patente. C'est l'application des principes généraux qui régissent les actes de commerce. La commission du corps législatif qui, en 1810, remplaçait la section de législation du Tribunat, en fait la remarque : « La mine étant une propriété foncière, le particulier ou la société qui l'exploite fait valoir son héritage et rien de plus. » Or, le propriétaire qui vend les produits de son fonds ne fait pas acte de commerce. Il suit de là, et c'est encore la commission législative qui le dit, que les contestations concernant les sociétés charbonnières sont de la compétence des tribunaux civils. C'est précisément pour déterminer cette compétence que la commission proposa l'article 32. Donc, d'après le texte même de la loi, tel que ses auteurs l'ont entendu, les sociétés charbonnières ne sont pas des sociétés de commerce.

La cour de cassation de Belgique a formulé cette conséquence en ces termes : « Il résulte de l'article 32 de la loi du 21 avril 1810 qu'une société formée *uniquement* pour l'exploitation d'une mine n'est pas une société commerciale (2). » Nous croyons que la cour a raison d'ajouter une réserve à sa décision. Il se peut qu'une société charbonnière fasse des actes de commerce ; elle sera alors

(1) Rejet, 17 juin 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 1. 37).
(2) Rejet, 14 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838. 1, 415, chambres réunies). La jurisprudence française est dans le même sens. (Voyez les arrêts dans e *Répertoire* de Dalloz. au mot *Société*, n° 232).

une société commerciale. Toutefois, il a été jugé qu'une société charbonnière qui, d'après ses statuts, avait pour objet, non-seulement l'exploitation des charbonnages désignés à l'acte, mais encore la fabrication du coke, des briquettes et le commerce des charbons en général, restait une société civile, parce que l'exploitation du charbonnage constituait le but principal et essentiel de la société, la fabrication du coke et le commerce des charbons n'étant qu'un objet accessoire et secondaire. Cela nous paraît douteux, et la cour elle-même ne semble pas très-sûre de sa décision, car elle ajoute qu'il était contesté que la société eût jamais fait autre chose qu'exploiter son charbonnage (1).

421. Les sociétés charbonnières étant des sociétés civiles, il en résulte que, d'après le code Napoléon, elles ne forment pas une personne morale distincte des associés. Cependant la jurisprudence est constante en faveur de la personnification; c'est sans doute parce que cela est universellement reconnu que notre cour de cassation n'a pas motivé sa décision (n° 419) (2). Il y a cependant un motif de douter très-sérieux. La cour dit que les sociétés charbonnières diffèrent essentiellement des sociétés réglées par le code civil. Ce serait donc une exception au droit commun. Quel est le fondement de cette exception? Il en était ainsi dans l'ancien droit, et la loi de 1810 paraît avoir consacré le droit traditionnel. Aux termes de l'article 8, les mines sont immeubles; néanmoins les actions ou intérêts dans une société ou entreprise pour l'exploitation des mines sont réputés meubles, conformément à l'article 529 du code Napoléon. C'est sur cette disposition de l'article 529 que la doctrine se fonde pour admettre la personnification des sociétés de commerce. La loi de 1810, assimilant les sociétés charbonnières aux sociétés mentionnées dans l'article 529, il en faut conclure qu'elle les considère comme des personnes morales (3). L'argu-

(1) Liége, 28 janvier 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 108).
(2) Comparez Rejet, 17 juin 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 1, 37), également sans motifs.
(3) Bruxelles, 31 mars 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 167), et 19 juillet 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 339).

mentation laisse quelque doute; on pourrait tirer une autre conséquence de la loi de 1810 combinée avec le code Napoléon, c'est que toutes les sociétés civiles sont des personnes morales. Nous n'entrons pas dans ce débat. La loi belge sur les sociétés de commerce y a mis fin (n° 181). Toujours est-il que la personnification des sociétés charbonnières est une anomalie juridique; il en résulte que ces sociétés participent tout ensemble du droit civil et du droit commercial; elles sont civiles par leur objet, elles sont commerciales par la personnalité que la loi leur reconnaît. Notre cour de cassation a donc raison de dire que ce sont des sociétés *sui generis*. Jusqu'où va la dérogation au droit commun? Quelles sont les différences qui existent entre les sociétés charbonnières et les sociétés civiles? Ces questions ne sont pas sans difficulté.

422. Par leur constitution, les sociétés charbonnières ressemblent aux sociétés anonymes. Elles ont une raison sociale et anonyme; les intérêts sont divisés en actions; leur importance dépasse de beaucoup celle des sociétés civiles ordinaires. Ce sont sans doute ces caractères extérieurs qui leur ont fait attribuer dans l'usage la personnification dont ne jouissent pas les sociétés ordinaires. La loi belge sur les sociétés de commerce du 18 mai 1873 a donné sa sanction à cette assimilation des sociétés charbonnières et des sociétés commerciales; aux termes de l'article 136, « les sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines peuvent, sans perdre leur caractère civil, emprunter les formes des sociétés commerciales en se soumettant aux dispositions du présent titre. » Quelle est la conséquence de cet emprunt? Nous avons établi le principe plus haut (n^os^ 220-222). Alors même que les sociétés charbonnières ne sont pas constituées dans les formes des sociétés de commerce, elles ont néanmoins quelque rapport avec ces sociétés par suite de la division du capital social par actions. Ce qui caractérise les sociétés civiles, c'est qu'elles sont une association de personnes fondée sur la confiance réciproque; de là la conséquence, consacrée par l'article 1861, qu'un associé ne peut pas, sans le consentement de ses associés, associer un tiers à la so-

ciété. Les sociétés charbonnières étant des sociétés civiles, il en résulte que ce sont aussi des associations de personnes ; mais, d'un autre côté, elles se forment par une réunion de capitaux, et le capital social se fractionne par actions. Qu'en faut-il conclure ? L'article 1861 s'applique-t-il aux sociétés charbonnières? Non, car tout actionnaire est associé ; en cédant sa part ou son action, l'associé se substitue par cela même un autre actionnaire comme associé (1). Voilà une dérogation au droit commun : l'élément commercial l'emporte, dans ce cas, sur l'élément civil.

423. Dans l'organisation de la société charbonnière, c'est décidément le caractère commercial, la personnification, qui prévaut. Le code Napoléon prévoit le cas où le pacte social ne contient pas de stipulations sur le mode d'administration de la société; dans ce cas, dit l'article 1859, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre; et ce que chacun fait est valable, même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement. Cela suppose un petit nombre d'associés qui se connaissent et qui s'entendent. Une pareille administration est tout à fait impraticable quand tout actionnaire est associé et quand les actions peuvent se fractionner à l'infini, comme cela se fait dans les sociétés charbonnières. L'article 1859 implique encore que la société ne forme pas un corps moral; ce n'est que dans cette hypothèse que l'administration appartient aux associés ; lorsque la société est distincte des associés, ceux-ci sont sans droit, c'est le représentant de la société qui seul a le droit d'agir en son nom et d'obliger la société. Il suit de là que l'article 1859 n'est pas applicable aux sociétés charbonnières. La cour de cassation de Belgique a jugé qu'en dehors des assemblées générales de la société auxquelles ils prennent part, les associés n'ont d'autre droit individuel à exercer que celui de participer aux bénéfices de l'exploitation. C'est la société, comme être moral, qui représente l'exploitation et

(1) Bruxelles, 10 avril 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 107).

les intérêts collectifs de tous les actionnaires. Ce sont donc les organes de la société qui administrent, qui agissent, qui exercent les droits et actions en son nom (1). La différence entre les sociétés charbonnières et les sociétés civiles est radicale; dans celles-ci les associés sont copropriétaires, et il est naturel qu'ils administrent leur propre chose; dans les autres, les associés, pendant la durée de la société, sont de simples créanciers de la société; c'est celle-ci, être moral, personne distincte des associés, qui est propriétaire, elle s'administre d'après ses statuts; elle a nécessairement un organe qui la représente (2).

424. La cour de Bruxelles a déduit de ces principes une conséquence qui est très-caractéristique, en ce qui concerne la situation des associés dans une société charbonnière. Peuvent-ils intervenir dans un procès qui existe entre la société, représentée par ses administrateurs, et des tiers, pour y prendre des conclusions en leur nom personnel, à titre d'actionnaires? Le code de procédure établit les principes sur le droit d'intervenir dans un procès; aux termes de l'article 466, aucune intervention n'est reçue si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à leurs droits, et lors duquel ni l'intervenant, ni ceux qu'il représente n'ont été appelés. Dans les procès où figure une société civile, les associés sont parties, puisqu'ils sont propriétaires du fonds social; mais si la société est un être moral, telle que la société charbonnière, c'est à elle qu'appartient la propriété de l'entreprise, c'est-à-dire du charbonnage, dont l'exploitation forme l'objet de la société. Donc tous les droits et actions compètent à la société; l'associé n'étant pas copropriétaire du fonds social, les actions que la société intente lui sont étrangères; donc il ne peut y intervenir. Le seul droit qu'il ait, c'est de participer aux bénéfices; à ce titre, il a une créance contre la société, il n'a aucune action contre les tiers débiteurs de

(1) Rejet, 17 juin 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 1, 37). Comparez Bruxelles, 1er mai 1854 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 111).

(2) Bruxelles, 10 avril 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 107).

la société; il ne peut donc intervenir dans les procès qui s'élèvent entre la société et les tiers (1).

425. Il y a une autre conséquence qui découle du même principe. Dans les sociétés civiles, les créanciers personnels des associés sont créanciers de la société, et les créanciers de la société sont créanciers des associés; la société et les associés ne sont pas deux personnes différentes; c'est donc une seule et même personne qui figure dans les obligations, où figure soit la société, soit un associé, ce ne sont pas des personnes distinctes. Il en est autrement dans les sociétés qui forment un corps moral; les créanciers de la société ont pour débiteur cet être moral, tandis que les créanciers personnels des associés ont pour débiteurs d'autres personnes, les associés; ils ne peuvent donc pas concourir avec les créanciers de la société; ceux-ci sont payés sur le fonds social, qui est leur gage, de préférence aux créanciers des associés; on ne peut pas même appeler ce gage un droit de préférence; il n'y a réellement pas conflit entre les créanciers de la société et les créanciers de l'associé, parce qu'ils ont des débiteurs différents. La cour de Bruxelles a jugé, et cela ne fait pas de doute, que les créanciers d'une société charbonnière avaient pour gage le fonds social, sauf aux créanciers des associés à exercer les droits de leur débiteur après que les créanciers sociaux sont payés (2).

426. La même cour a fait une autre application, très-intéressante, de ces principes. Nous avons dit que les associés n'ont qu'un droit de créance contre la société (n° 423); cette créance se prescrit par trente ans, comme toute espèce d'action (art. 2262). Les associés peuvent interrompre la prescription, c'est le droit commun. Mais par quels actes la prescription sera-t-elle interrompue? La prescription court en faveur de la société, c'est donc contre la société que la prescription doit être interrompue. Or, dans l'espèce, l'associé demandeur n'invoquait que des actes de reconnaissance émanés des associés. La cour

(1) Bruxelles, 14 février 1863 (*Pasicrisie*, 1863. 2. 111).
(2) Bruxelles, 19 juillet 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 339).

a jugé, et avec raison, que ces actes étaient inopérants; les associés ne sont pas débiteurs, et ils ne représentent pas la société; ils n'ont donc pas le droit de reconnaître l'existence d'une dette à charge de la société. Cela est décisif (1). Il en serait tout autrement dans les sociétés civiles qui ne forment pas un corps moral : les associés sont créanciers, copropriétaires des droits qui appartiennent à la société, donc aussi débiteurs; par suite, la prescription peut être interrompue par leur reconnaissance, s'il s'agit des droits d'un tiers contre la société. Quant aux droits des associés contre la société, ils ne peuvent pas les exercer pendant la durée de la société; donc la prescription ne peut pas courir contre eux. Nous reviendrons sur les principes, au titre qui est le siége de la matière.

427. En disant que les associés n'ont d'autre droit qu'une créance contre la société, la cour de cassation fait une réserve en ce qui concerne les assemblées générales auxquelles tout actionnaire a le droit de prendre part (n° 423). La société est un être moral, mais cet être moral est une personne fictive; par elle-même elle ne peut pas agir, elle doit avoir un représentant. Qui nomme ce représentant? Qui détermine l'étendue de ses pouvoirs? Ce sont naturellement les associés. Toute société charbonnière a ses statuts, parce que, étant une fiction, elle est incapable d'agir; il faut donc un pouvoir social; ce sont les associés qui, en formant la société, règlent la nomination et les attributions des administrateurs. La société est régulièrement représentée par un directeur-gérant nommé par les associés en assemblée générale, ou par des délégués ayant mandat à cet effet. En droit, le directeur est un mandataire; c'est la société qui agit par son intermédiaire. De là suit que l'on doit appliquer les principes du mandat : le gérant oblige la société, il ne s'oblige pas personnellement. Sur ce point, il n'y a rien de spécial dans les sociétés charbonnières (2).

L'assemblée générale n'épuise pas ses pouvoirs en nom-

(1) Bruxelles, 31 mars 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 167).
(2) Voyez l'arrêt précité (p. 428, note 2) de Bruxelles.

mant un gérant. C'est elle qui exerce le pouvoir constituant; les administrateurs ne font qu'administrer; si les statuts ne contiennent aucune clause sur l'étendue du mandat qui leur est confié, on applique les principes que nous avons exposés sur l'administration de la société. Quand les associés sont appelés à délibérer, les décisions se prennent-elles à la majorité des voix, ou faut-il l'unanimité des associés? Dans le silence des statuts, on applique le principe en vertu duquel la majorité suffit pour les actes d'administration (1), tandis qu'il faut le consentement de tous les associés quand il s'agit de modifier le pacte social (2).

Il y a quelque chose de spécial dans les délibérations des sociétés charbonnières; les décisions se prennent, non à la majorité des voix, c'est-à-dire des votants, mais à la majorité des intérêts (3). C'est le procédé assez général des sociétés anonymes; d'après le droit commun, la majorité se détermine par le nombre des votants.

428. Les associés des sociétés charbonnières doivent contribuer aux dépenses que nécessite l'exploitation. S'ils ne remplissent pas cette obligation, ils peuvent y être contraints par les voies d'exécution établies par le code de procédure. Dans l'ancien pays de Liége, les associés étaient déchus de leur droit quand ils ne fournissaient pas aux dépenses communes. Il a été jugé que cet usage est aboli par les lois nouvelles (4). On objectait que l'article 55 de la loi du 21 avril 1810 maintient les anciens usages. Cela est vrai des usages qui ne sont pas contraires aux lois nouvelles; mais il est impossible d'admettre que le législateur maintienne des usages qui sont en opposition avec les lois qu'il porte. La jurisprudence est en ce sens (5).

(1) Liége, 19 juin 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 316).
(2) Liége, 4 décembre 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 26). Bruxelles, 28 mai 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 321).
(3) Liége, 24 février 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 300), et 2 août 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 199).
(4) Liége, 12 juin 1815, confirmé par un arrêt de rejet de la chambre de cassation du 27 mars 1817 (*Pasicrisie*, 1815, p. 397 et 1817, p. 357).
(5) Liége, 12 février 1842 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 144).

429. Les associés sont tenus des dettes sociales : tels sont les engagements contractés au nom de la société par le directeur du charbonnage. C'est le droit commun. On applique aussi aux associés le principe général de l'article 1861 : ils ne sont pas tenus solidairement. Malgré l'analogie qui existe entre les sociétés charbonnières et les sociétés de commerce, les premières sont essentiellement civiles, donc soumises au droit commun, sauf les différences qui résultent de leur personnification, et la qualité de personne morale qui leur appartient n'a rien de commun avec l'étendue de l'obligation des associés à l'égard des tiers (1).

Faut-il aussi appliquer aux sociétés charbonnières la disposition de l'article 1863, aux termes de laquelle les associés sont tenus envers les créanciers pour une somme et part égales, à moins que l'acte ne porte qu'ils sont obligés à raison de leur intérêt? Il nous semble que l'article 1863 n'est pas applicable. La loi suppose que les *associés* contractent avec le créancier ; or, dans les sociétés charbonnières, les associés ne parlent pas au contrat, c'est le directeur du charbonnage qui traite au nom de la société, c'est donc la société qui est obligée, et la société ce sont les mises sociales, c'est-à-dire les actions des associés : c'est une association de capitaux autant que de personnes (n° 422), et quand il s'agit des dettes, c'est le premier caractère qui domine. La jurisprudence est en ce sens, mais un peu hésitante. L'arrêt que nous venons de citer (note 1) décide formellement que les associés ne sont tenus d'acquitter les dettes que dans la proportion de l'intérêt qu'ils ont dans la société. Dans un autre arrêt, la cour de Bruxelles dit que les associés sont tenus, par parts égales ou à raison de la part sociale de chacun d'eux, des dettes contractées au nom de la société, ce qui semble rappeler la disposition de l'article 1863 : les termes de l'arrêt laissent la question indécise (2). On a soutenu, dans l'espèce, que les associés fondateurs étaient

(1) Bruxelles, 23 mai 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 381).
(2) Bruxelles, 10 avril 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 107).

tenus pour une part virile de toutes les dettes sociales, quel que fût le nombre des actionnaires. Cette prétention fut rejetée, elle n'a pas de fondement dans la loi ; il faudrait donc une clause formelle de l'acte social qui dérogeât au droit commun, et, dans l'espèce, les associés fondateurs n'avaient contracté aucune obligation exceptionnelle.

430. Comment les sociétés charbonnières prennent-elles fin? Sur cette question la jurisprudence des cours de Belgique est en opposition avec la jurisprudence française. Nos cours décident que les sociétés charbonnières sont perpétuelles, en ce sens qu'elles ne sont pas dissoutes par la mort d'un associé, ni par sa renonciation. En théorie, et abstraction faite des textes, les bonnes raisons ne manquent point pour justifier cette doctrine. Les sociétés charbonnières, dit la cour de Bruxelles, embrassent des entreprises qui par leur nature se prolongent pendant des siècles ; on n'en peut déterminer la durée. D'un autre côté, elles exigent des travaux préalables, longs et dispendieux. Il suit de là que ceux qui forment une association charbonnière ont l'intention bien certaine qu'elle ne puisse finir d'un instant à l'autre, soit par la volonté qu'en exprimerait l'un des associés, soit par la mort. Cela est très-vrai, mais on demande si cela suffit pour déroger au droit commun : l'intention des associés ne doit-elle pas être exprimée d'une manière formelle, puisqu'elle tend à créer une exception? Voilà un motif de douter auquel nous ne trouvons pas de réponse dans la jurisprudence. La cour de Bruxelles dit que l'intention des associés de perpétuer leur association se manifeste d'ordinaire d'une manière peu équivoque dans le contrat social, lequel accorde régulièrement à chaque associé la faculté de s'en retirer, et indique, ainsi que le portait, dans l'espèce, le contrat litigieux, de quelle manière on pourra cesser d'en faire partie, sans que la société elle-même finisse, La cour en conclut que les sociétés charbonnières du Hainaut ne finissent ni par le décès ni par la renonciation d'un sociétaire. Toutefois l'arrêt ajoute une réserve : « Lorsque d'ailleurs les circonstances ne

concourent pas pour motiver sa dissolution (1). » Quelles sont ces circonstances? La cour ne le dit point.

La cour de Liége s'est prononcée dans le même sens. Dans les sociétés de charbonnages, dit-elle, le décès de l'un des membres de la société *n'a jamais été* et ne peut être admis comme une cause de dissolution, parce que, si la mort d'un associé entraînait la dissolution de la société, ces sortes d'entreprises, à raison de la nature, de l'importance et de la durée des travaux qu'elles nécessitent, seraient absolument impossibles. Cette considération s'adresse au législateur, qui aurait dû faire exception à la règle. La cour ajoute un motif de droit. Pourquoi la loi dispose-t-elle que les sociétés finissent par la mort? Parce que ce sont des sociétés de personnes qui se fondent sur la confiance qu'inspirent les qualités personnelles d'un associé. Il n'en est pas ainsi des sociétés charbonnières qui sont contractées moins en vue des personnes qu'en vue des capitaux qu'elles apportent (2). Cela est vrai, mais cette raison suffit-elle pour déroger à la loi?

La question a été portée à plusieurs reprises devant notre cour de cassation. Gardienne des lois, elle a dû chercher dans les textes un motif qui justifie la jurisprudence. Dans le silence du contrat, dit-elle, la société formée pour l'exploitation d'une mine n'en doit pas moins continuer de plein droit avec l'héritier de l'associé décédé. Voilà la question nettement posée : le contrat garde le silence; que faut-il décider? La cour invoque l'objet et la nature toute spéciale des sociétés charbonnières. C'est la considération de fait que les cours d'appel font valoir; la cour de cassation comprend qu'elle est insuffisante, à moins qu'elle ne trouve un appui dans les textes; elle cherche cet appui dans la loi de 1810 sur les mines. La concession d'une mine a lieu moins pour l'avantage personnel des concessionnaires que dans des vues d'intérêt général. Cet intérêt commande que l'exploitation se poursuive sans interruption aussi longtemps qu'elle est possi-

(1) Bruxelles, 22 novembre 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 491).
(2) Liége, 6 janvier 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 295), et chambre de cassation (sans motifs), 22 décembre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 344).

ble; or, l'intérêt public doit prévaloir sur les causes d'intérêt privé qui auraient pour résultat d'arrêter ou d'entraver l'extraction de la houille; il s'oppose, par conséquent, à ce que la société charbonnière soit frappée, par la mort d'un de ses membres, d'une dissolution forcée, dont le premier effet serait de suspendre l'exploitation commune, pour aboutir ensuite au partage de la mine. C'est aussi ce que la loi du 21 avril 1810 a voulu empêcher en défendant (art. 7) de partager une mine sans l'autorisation préalable du gouvernement et en établissant (art. 49) des garanties contre la suspension et même la simple restriction de l'exploitation (1). Il y a une réponse péremptoire, à notre avis, à l'argumentation appuyée sur la loi de 1810; c'est que cette loi ne s'occupe pas des sociétés formées pour l'exploitation des mines, sinon pour dire que l'exploitation ne constitue pas un acte de commerce, d'où suit que les sociétés charbonnières sont des sociétés civiles, ce qui les soumet à l'article 1865. Tout ce qui résulte des arguments de la cour, c'est que le législateur aurait dû faire exception, à l'article 1865, pour les sociétés charbonnières, et il est bien certain que cette exception n'existe pas.

Ce qui prouve combien le fondement juridique de la jurisprudence est peu solide, c'est que l'argumentation change d'un arrêt à l'autre. L'arrêt que nous venons d'analyser est de 1838 : en 1845, la question se représenta, et la cour ne fait plus mention de la loi de 1810, sur laquelle se fondait l'arrêt de 1838. Le dernier arrêt, rendu au rapport d'un excellent jurisconsulte, M. De Cuyper, se place sur le terrain du code civil : c'est le vrai siége du débat. D'après l'article 1865, la société finit par la mort de l'un des associés, mais l'article 1868 permet aux parties contractantes de stipuler qu'elle continuera, soit avec les héritiers de l'associé décédé, soit entre les associés survivants. Faut-il pour cela une clause expresse? Aucune loi ne l'exige; donc le juge du fait peut, sans vio-

(1) Rejet, 14 décembre 1838, chambres réunies, au rapport de Defacqz et sur les conclusions conformes du procureur général Leclercq (*Pasicrisie*, 1838, 1, 415).

ler la loi, admettre une convention tacite, et décider que cette convention résulte de la nature et du but de l'association. L'arrêt ajoute qu'il est impossible d'admettre qu'il entre dans l'intention des contractants que le décès de l'un d'eux rende stériles pour les autres tous les travaux de recherche et les dépenses considérables qu'ils ont occasionnées (1). Voilà la difficulté réduite à ses véritables termes : une intention tacite, résultant de la nature de la société, suffit-elle pour déroger à l'article 1865? Nous avons répondu à la question en traitant de la dissolution de la société (nos 381 et 392).

La question est vidée en Belgique; les derniers arrêts ne la discutent plus, ils se contentent d'invoquer la jurisprudence, ou se bornent à affirmer que les sociétés charbonnières sont perpétuelles, en ce sens qu'elles ne finissent que par l'épuisement de la mine (2).

431. La jurisprudence française admet assez facilement la continuation de la société, après la mort de l'un des associés, en vertu d'une convention tacite. Elle a appliqué ce principe à la question de savoir si la société charbonnière prend fin par la mort d'un associé; la cour de Lyon s'est prononcée pour la négative, sans motiver sa décision (3). La même cour a jugé que la dissolution d'une société minière ne pouvait se faire par la renonciation de l'un des associés. Elle invoque la loi du 21 avril 1810; c'est à peu près l'argumentation de la cour de cassation de Belgique dans son arrêt de 1838 (n° 430). Pardessus est du même avis; il cite spécialement l'article 7, d'après lequel une mine ne peut être partagée sans l'autorisation du gouvernement; or, il est évident, dit-il, que la dissolution de la société, demandée par un seul des associés, conduirait à ce résultat. La cour de cassation a commencé par admettre cette doctrine, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de Lyon (4), mais elle est

(1) Rejet, 10 mai 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 386).
(2) Bruxelles, 29 juin 1844 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 290); 1er août 1871 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 75).
(3) Lyon, 22 juillet 1858 (Dalloz, 1859, 2, 80).
(4) Rejet, 7 juin 1830 (Sirey, 1830, 1, 250). Pardessus, *Droit commercial*, n° 1063.

revenue sur sa jurisprudence. Il est certain que la loi de 1810 ne conduit pas à la conséquence que Pardessus et la cour de Lyon en déduisent. L'article 7 défend le partage des mines, c'est-à-dire la vente par lots, puisqu'elle aboutirait au morcellement des mines, au grand péril de l'exploitation. Mais la dissolution demandée par l'un des associés n'aboutit pas nécessairement au morcellement; en effet, la vente peut se faire par licitation, en un seul lot. Il suit de là que la loi de 1810 ne s'oppose pas à ce que l'un des associés demande la dissolution de la société. La cour de cassation l'a jugé ainsi (1), et c'est la doctrine des auteurs (2). C'est aussi notre avis. Mais restent les motifs de douter qui ont entraîné les cours de Belgique, nous les avons exposés (n° 430), ils ne nous ont pas paru concluants. Il est probable que les usages séculaires en cette matière auront influé sur la décision des cours.

II. *De la communauté.*

1. QU'EST-CE QUE LA COMMUNAUTÉ?

432. Pothier dit que la communauté qui est entre deux ou plusieurs personnes, soit d'une universalité de choses, soit de choses particulières, sans qu'il y ait entre elles un contrat de société, est une espèce de quasi-contrat. Il donne comme exemple la communauté de biens d'une succession échue à plusieurs héritiers, ou de choses léguées conjointement à plusieurs légataires (3). A notre avis, il n'y a d'autres quasi-contrats que ceux que la loi admet, et elle ne qualifie pas de quasi-contrats, soit le fait de communauté, soit le fait d'une succession échue à plusieurs héritiers, ou d'un legs fait à plusieurs légataires. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Engage-*

(1) Rejet, 1er juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 244).
(2) Pont, p. 490, n° 739, et les autorités qu'il cite.
(3) Pothier, *De la société*, n° 181, suivi par la plupart des auteurs modernes (Duranton, t. XVII, p. 309, n° 320; Mourlon, t. III, p. 348, n° 862. Comparez Pont, p. 53, n° 75).

ments qui se forment sans convention, et au titre des *Successions*. A notre avis, on peut expliquer les rapports qui existent entre communistes, sans les considérer comme dérivant d'un quasi-contrat. La doctrine qui confond la communauté avec le quasi-contrat est d'ailleurs inconciliable avec les faits. Ce qui caractérise essentiellement le quasi-contrat, c'est qu'il constitue un simple fait, sans qu'il intervienne aucune convention entre les parties obligées. Or, la communauté peut naître d'un contrat. Plusieurs personnes achètent en commun une chose; il peut en résulter, comme nous le dirons plus loin, soit une société, soit une simple communauté de fait; cependant il y a un contrat, un concours de consentement, donc il peut y avoir communauté en vertu d'une convention, ce qui exclut l'idée d'un quasi-contrat (1).

433. En confondant la communauté avec le quasi-contrat, Pothier est conduit à identifier presque entièrement la communauté et la société; il n'y voit qu'une différence essentielle, c'est que la communauté qui résulte d'une société est formée par la volonté et le consentement des parties, tandis que la communauté qui constitue un quasi-contrat se forme sans le consentement et la volonté des parties. Pothier signale encore quelques différences très-secondaires, puis il dit que la société et la communauté conviennent entre elles, à tous autres égards, et il conclut que l'on peut appeler la communauté une quasi-société, et les communistes des quasi-associés (2). A notre avis, cette théorie est fausse; Pothier lui-même n'y reste pas fidèle dans ce qu'il dit du *quasi-contrat de société*. Nous préférons maintenir le langage traditionnel qui distingue la *communauté* de la *société*. Quant au caractère qui les distingue, il est écrit dans le texte du code : l'article 1832, qui définit la société, suppose que deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose *en commun*. Voilà l'élément de *communauté* qui se trouve dans les deux faits juridiques que nous com-

(1) Duvergier, p. 53, n° 40; Troplong, n° 21. Cassation, 22 novembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 323).
(2) Pothier, *De la société*, n° 182.

parons. Quand la *communauté* devient-elle une *société?* Il ne suffit pas qu'elle résulte d'une convention, comme le dit Pothier ; l'article 1832 ajoute une condition essentielle, il faut que la chose soit mise en commun, « dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Voilà le caractère qui distingue la communauté de la société. Les associés s'associent pour faire un bénéfice, pour spéculer, pour accroître leur fortune ; tandis que les communistes sont en communauté sans aucun esprit de lucre ; la chose est évidente quand la communauté est le résultat d'un hasard, d'une succession, d'un legs ; il en est encore de même quand la communauté existe en vertu d'une convention, mais sans aucun but de spéculation ; dans ce cas la définition de l'article 1832 n'est pas applicable, donc il n'y a pas de société (1).

434. Il résulte de là une conséquence très-importante. La loi voit la communauté avec défaveur, tandis que la société est favorable. Voilà pourquoi la communauté n'est obligatoire que pour cinq ans ; encore faut-il que les parties soient convenues de suspendre le partage ; à défaut de convention, le partage peut toujours être demandé, nul ne pouvant être contraint à demeurer dans l'indivision. La loi ne limite pas la durée des sociétés, elles peuvent être contractées pour toute la vie des associés ; il y a même des sociétés qui, d'après la jurisprudence, sont perpétuelles (n° 430), l'intérêt général l'exigeant ainsi. La perpétuité des sociétés charbonnières montre l'intérêt que la nation a à la formation de sociétés qui exploitent les richesses du sol ; l'intérêt est le même, plus ou moins grand, dans toute société, car l'association augmente les forces des individus, et devient par là un instrument énergique pour le développement des richesses ; or, la richesse est un moyen de civilisation, les nations riches sont plus civilisées que les nations pauvres ; seulement il faut qu'elles se gardent de faire de la richesse un but, elle doit être subordonnée au développement intellectuel et moral des individus. La communauté n'a pas pour objet de faire un

(1) Troplong, n° 22. Pont, p. 54, n° 75.

bénéfice; loin d'augmenter la richesse, elle en entrave l'accroissement. C'est une copropriété, et le communiste n'apporte jamais à l'amélioration de la chose le méme intérêt que le propriétaire exclusif. La communauté produit d'autres inconvénients; nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 815.

Il suit de là que l'article 815 n'est pas applicable aux sociétés. Duranton seul a soutenu l'opinion contraire. Il est inutile d'insister sur cette erreur, elle a été réfutée par Duvergier (1). On a de la peine à comprendre qu'un jurisconsulte aussi distingué ait confondu deux faits juridiques qui diffèrent essentiellement, la communauté et la société, et qu'il ait appliqué à un contrat que la loi favorise une disposition qui a sa source dans la défaveur qui frappe la communauté. Il a été jugé que la convention par laquelle les copropriétaires d'un établissement de bains l'affectent à une association en participation peut interdire d'en demander la licitation ou le partage pendant treize ans : c'est une société à terme, et non une communauté (2).

2. DROITS ET OBLIGATIONS DES COMMUNISTES.

435. Pothier dit que les droits de chacun des *quasi-associés* dans les choses qui leur sont communes sont les mêmes que ceux des *associés* dans les choses dont la société est composée (3). Cela est trop absolu. Il est vrai que les communistes sont copropriétaires par indivis, de même que les associés, mais ils le sont en vertu d'un fait juridique qui n'est point le même; et de là résultent nécessairement des différences quant aux droits des communistes et des associés. Pothier dit aussi que la communauté forme entre les quasi-associés *à peu près* les mêmes obligations que celles que forme entre les associés le contrat de société. Ici Pothier n'est pas aussi absolu;

(1) Duranton, t. XVII, p. 390, nº 392. En sens contraire, Duvergier, p. 504, nº 415, et tous les auteurs.
(2) Rejet, 5 juillet 1825. (Dalloz, au mot *Société*, nº 1607, 1º)
(3) Pothier, *De la société*, nº 185.

il suppose qu'il y a des différences entre les communistes et les associés quant à leurs obligations ; et si les obligations diffèrent, par cela même les droits diffèrent, puisque la société est un contrat synallagmatique, de sorte que l'obligation de l'un des associés est un droit pour l'autre, les obligations et les droits étant réciproques. L'inexactitude de Pothier vient de ce qu'il a confondu, dans son principe, la communauté et la société, en appelant la première une *quasi-société*. Il n'y a qu'une analogie entre les communistes et les associés, c'est le fait de la copropriété ; ce fait constitue l'essence de la communauté ; dans la société, il y a un élément de plus, c'est le but que les associés ont en vue en mettant en commun les choses qui forment le fonds social ; leur but ne consiste pas uniquement à être copropriétaires, ils s'associent en vue de faire un bénéfice en travaillant et en spéculant sur les choses communes. Les rapports entre associés sont donc tout autres que ceux qui existent entre communistes, et de là résultent nécessairement des différences quant à leurs droits et à leurs obligations.

436. Les communistes sont copropriétaires ; comme tels, ils ont les mêmes droits que les associés, qui sont également copropriétaires. Sous ce rapport, il y a analogie. Pothier pose comme principe général « que la communauté d'une chose donne à chacun de ceux à qui elle appartient en commun le droit de s'en servir pour les usages auxquels elle est, par sa nature, destinée, avec ce tempérament néanmoins qu'il en doit user en bon père de famille, et de manière qu'il ne cause aucun préjudice à ceux avec qui la chose lui est commune, et qu'il n'empêche point l'usage qu'ils en doivent pareillement avoir (1) ». Tel est aussi le principe que l'article 1859, n° 2, établit quant aux droits des associés. Chacun des copropriétaires ayant un droit égal dans la chose commune, il s'ensuit que l'un n'en peut pas disposer au préjudice de l'autre. L'article 1859 en déduit cette conséquence que l'un des associés ne peut faire d'innovations sur le fonds commun, si

(1) Pothier, *De la société*, n° 207.

les autres associés n'y consentent; il en est de même entre communistes, l'analogie entre eux et les associés étant complète tant qu'il ne s'agit que de la copropriété (1). Toutefois il y a une différence considérable. La copropriété entre communistes est un simple fait, et ce fait est contraire à l'intérêt général; de là l'article 815 tire la conséquence que les communistes peuvent mettre fin à leur copropriété dès qu'ils le veulent; en effet, ils ne se sont pas engagés à rester copropriétaires. Les associés, au contraire, ont pris un engagement, celui de rester en société, pour tirer un bénéfice de la chose commune et se le partager; ce sont donc des copropriétaires dont le droit est paralysé pendant la durée de la société; ils ne peuvent pas demander le partage de la chose dont ils ont la copriété; ils ont, à la vérité, la faculté de vendre leur part indivise; mais, comme l'acheteur n'aura pas plus de droit qu'eux, ils trouveront difficilement un acquéreur. Cette restriction au droit de propriété que la société entraîne n'est pas en opposition avec l'intérêt général; si l'associé propriétaire est enchaîné, par contre la société fera fructifier la propriété commune, et en tirera un plus grand avantage que n'aurait pu le faire le propriétaire individuel et exclusif.

437. Les associés ont des obligations comme copropriétaires. Aux termes de l'article 1859, 3°, « chacun des associés a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation de la chose commune. » En est-il de même des communistes? Pothier répond que « chacun des quasi-associés est obligé de contribuer, pour la part qu'il a dans la communauté, aux réparations qui sont à faire aux choses communes, à moins qu'il n'abandonne la part qu'il a dans la chose (2). » On voit que, malgré l'analogie apparente, il y a une différence profonde. Les associés sont obligés les uns envers les autres, et ils ne peuvent pas s'affranchir de leurs en-

(1) Bruxelles, 15 octobre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 291). Liége, 31 décembre 1845 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 21). Toulouse, 30 mai 1828 (Dalloz, au mot *Société*, n° 527).

(2) Pothier, *De la société*, n° 192.

gagements par l'abandon qu'ils feraient de leur droit de copropriété; la loi n'admet ce droit de renonciation qu'en faveur de la femme commune, par dérogation aux principes généraux et à titre de faveur spéciale. Pourquoi les communistes peuvent-ils se décharger de l'obligation de réparer la chose en abandonnant la part qu'ils y ont? Parce qu'ils ne sont réellement pas obligés, car ils n'ont contracté aucun engagement les uns envers les autres; ce qu'on appelle l'obligation des communistes est plutôt une charge résultant de la copropriété, elle cesse donc quand la copropriété cesse; or, rien n'empêche le propriétaire de faire l'abandon de son droit.

438. Là où il y a droit et obligation, il y a aussi action judiciaire pour le maintien du droit et pour l'exécution forcée de l'obligation. Les associés ont l'action naissant du contrat de société. Que faut-il dire des communistes? L'un a-t-il action contre l'autre pour le contraindre à contribuer aux réparations? Oui, mais seulement à titre de charge pesant sur la copropriété, car d'obligation il n'y en a point. De sorte que, sur l'action intentée contre lui, le communiste pourrait faire l'abandon de sa part dans la chose, et, par suite, l'action tomberait. Ce n'est donc pas là une véritable action.

La cour de Liége a jugé que, si l'un des communistes refuse de consentir aux changements ou innovations que l'autre demande, celui-ci peut recourir à la justice pour l'y contraindre (1). Cela nous paraît plus que douteux. Le copropriétaire n'est pas obligé d'innover; de quel droit le juge l'y forcerait-il? Il faut son consentement pour que l'innovation puisse se faire, et le juge ne peut certes pas consentir pour lui. Un *associé* n'a pas même action, de ce chef, contre ses associés (n° 325). Si les innovations apportaient un changement au pacte social, les tribunaux seraient incompétents. Ils ne pourraient intervenir que si le but de la société rendait les innovations nécessaires, sans que le contrat de société en fût altéré.

439. Du principe que le communiste ne contracte

(1) Liége, 21 mai 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 206).

aucune obligation à l'égard des autres copropriétaires suit qu'il peut librement disposer de sa part, avec cet effet que l'acheteur a absolument les mêmes droits que lui et qu'il prend sa place. Le code consacre ce droit, en matière de succession, tout en y dérogeant; le successible peut vendre sa part héréditaire, sauf aux autres héritiers à exercer le retrait successoral; la cession est valable, seulement la loi permet d'exproprier le cessionnaire. Il en est autrement de l'associé; il peut, à la vérité, céder sa part indivise, mais le cessionnaire ne prend pas sa place, il ne devient pas associé. La raison de la différence se trouve dans la nature différente des deux faits juridiques : l'associé a des obligations envers ses associés, il ne peut pas s'en affranchir; sa capacité a été prise en considération par les contractants, il ne peut donc pas se substituer un tiers malgré ses associés. En matière de communauté, au contraire, la confiance, les qualités personnelles ne jouent aucun rôle; d'ordinaire elle existe sans qu'il y ait une convention entre les communistes; et alors même qu'elle naît d'un contrat, il n'en résulte aucun rapport d'intimité, de confiance entre les communistes; en cas de vente, c'est un copropriétaire qui prend la place du vendeur; qu'importe aux autres communistes, puisqu'ils n'ont pas de rapport entre eux (1)?

440. Dans le silence du contrat, les associés sont mandataires les uns des autres; ils sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer; de là suit, dit l'article 1859, que ce que chacun fait est valable, même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement. Ce principe ne s'applique pas à la communauté. En général, il n'y a rien à administrer, puisque la communauté est un état passif, les communistes sont seulement des copropriétaires, chacun pour son compte et son intérêt particulier ; il n'y a pas d'intérêts communs. Les propriétaires sont des conservateurs; ils font des actes de conservation et d'amélioration; en ce sens, on peut dire qu'ils administrent. Cette gestion diffère du tout au tout de

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 849, n° 862, 3°.

celle des associés. Ceux-ci agissent comme mandataires et s'obligent réciproquement en administrant ; tandis qu'un communiste ne peut rien faire sans le concours de son copropriétaire (1).

Deux frères achètent en commun un domaine et l'exploitent. L'un d'eux peut-il, sans le concours de l'autre, faire des travaux de défrichement? La cour de Bordeaux a jugé que les règles établies par le code civil, au titre de la *Société*, sont applicables à l'*association de fait* qui existe entre les acquéreurs d'un immeuble dont ils jouissent en commun (2). Cela est trop absolu, et le principe est mal formulé. Qu'est-ce qu'une *association de fait?* Est-ce une communauté? Dans ce cas, l'article 1859 n'est pas applicable. Est-ce une société? Alors pourquoi ajouter que c'est une *association de fait*, expression qui semble établir une différence entre cette association et la véritable société? Nous dirons plus loin que l'acquisition en commun d'une chose peut être soit une société, soit une communauté; tout dépend de l'intention des parties contractantes. Si elles entendent former une société, l'article 1859 recevra son application : les copropriétaires étant associés pourront administrer la chose commune et obliger leurs associés. Mais si elles n'ont pas la volonté de s'associer, elles seront en état de communauté; par suite, l'article 1859 ne sera pas applicable.

Pothier signale cette différence et la conséquence qui en résulte. Il suppose que l'un des copropriétaires fait un marché avec des ouvriers pour des réparations à faire à l'héritage commun : quel sera l'effet de cette convention? Pothier répond que celui des *quasi-associés* qui a contracté le marché est seul tenu envers les créanciers; tandis que, s'il y avait société, tous les associés seraient obligés, et les ouvriers auraient action contre tous. Pothier ajoute que le *quasi-associé* qui paye la dette aura un recours contre ses *quasi-associés* pour s'en faire indemniser, à raison de la part que chacun d'eux a dans la communauté,

(1) Pont, *De la société*, p. 55, n° 77.
(2) Bordeaux, 11 avril 1845 (Dalloz, 1845, 4, 482).

lorsque les obligations ont été *utilement* contractées (1). Ces dernières expressions prouvent que le communiste n'a point l'action du mandat, qui appartient à l'associé ; il n'a que l'action de gestion d'affaires, ce qui l'oblige à prouver que l'affaire a été utilement gérée ; et il peut n'avoir que l'action *de in rem verso*, si l'une des conditions requises pour qu'il y ait gestion d'affaires fait défaut ; dans ce cas, il ne sera indemnisé que jusqu'à concurrence du profit qu'il a procuré à son copropriétaire.

441. L'article 1849 porte : « Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût donné spécialement quittance pour *sa part*. » Cette disposition est-elle applicable à la communauté? S'il était vrai, comme Pothier le dit, que les droits des *quasi-associés* sont les mêmes que ceux des *associés*, il faudrait répondre affirmativement. Mais lui-même, inconséquent à son principe, enseigne le contraire : « Si, dit-il, l'un des héritiers ou légataires universels des biens d'une succession avait reçu d'un débiteur de l'hérédité sa part de cette dette, quoique, par l'insolvabilité de ce débiteur, survenue depuis, ses cohéritiers ou colégataires, qui n'avaient pas été si vigilants que lui, n'eussent pu être payés de leur part, il ne serait pas obligé de rapporter à la masse ce qu'il a reçu pour sa part, à moins qu'il n'eût été préposé par ses cohéritiers ou colégataires pour faire le recouvrement des dettes de la succession ; auquel cas il ne devrait pas se faire payer préférablement aux autres. » Pothier ajoute qu'en cela les *quasi-associés* sont différents des associés (2) ; il ne dit pas quelle est la raison de cette différence ; elle tient précisément à la nature différente de la communauté et de la société. Les associés s'obligent à procurer le bien commun de la société, et ils doivent, au besoin, préférer l'intérêt général à leur intérêt particulier. Il n'en est pas de même des communistes ; ils sont copropriétaires, et

(1) Pothier, *De la société*, n° 187.
(2) Pothier, *De la société*, n° 189, Duvergier, p. 49, n° 35.

chaque propriétaire a ses intérêts particuliers, qu'il soigne comme il l'entend, sans être tenu de veiller aux intérêts de son copropriétaire; il n'est pas son *préposé,* dit Pothier, c'est-à-dire son mandataire, il n'a aucune obligation à son égard; on applique, en ce sens, aux copropriétaires ce que l'on dit des propriétaires : chacun pour soi.

442. L'article 1848 consacre une conséquence du même principe. Lorsqu'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne, encore qu'il eût, par sa quittance, dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière; mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée. L'associé doit veiller aux intérêts communs comme aux siens propres, et la loi l'approuve quand il soigne les intérêts de la société de préférence aux siens. Telle n'est pas la situation du communiste; il n'a pas d'obligations envers son copropriétaire, bien moins encore des devoirs de délicatesse. L'article 1848 ne reçoit donc pas d'application au communiste. Tout le monde est d'accord sur ce point (1).

443. Là où il y a des intérêts communs, il faut une délibération commune; quand il s'agit d'actes d'administration, la majorité des associés lie la minorité. En est-il de même en matière de communauté? Non, chacun des communistes a son intérêt individuel, pour mieux dire, son droit de propriété, dont il dispose en seigneur et maître; lui seul a donc pouvoir de consentir; dès lors il ne peut être question de lui imposer la volonté de la majorité. Si, dans l'intérêt de la copropriété, il doit être fait des travaux, par exemple des défrichements ou des constructions, tous doivent consentir. Ce consentement peut être tacite; mais la cour de cassation a tort de parler d'un consentement *présumé,* le consentement ne se présume

(1) Duvergier, p. 51, n° 37. Pont, p. 56, n° 78.

jamais, mais il peut résulter des faits. L'un des copropriétaires élève une construction sur l'héritage commun, au vu et au su de ses copropriétaires; les faits et circonstances de la cause peuvent prouver qu'ils ont consenti; c'est un consentement tacite, mais il n'est pas présumé, il est prouvé par des faits posés par les propriétaires, aussi bien que si la preuve résultait d'un écrit (1).

La cour de cassation a appliqué le même principe à l'espèce suivante. Une société commerciale fut dissoute sans avoir été définitivement constituée, le capital social n'ayant pu être réuni. On nomma un liquidateur. Celui-ci fit une promesse de vente d'un domaine dépendant de l'actif à liquider, moyennant la somme de 31,000 francs. La cour de Nîmes prononça la nullité de la convention comme ayant été faite sans pouvoir suffisant. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour commence par établir qu'il s'agit, non d'une société, mais d'une communauté de fait; ce qui était certain, la société n'ayant pu se former définitivement, faute de souscription du capital. Dans cet état de choses, il fallait le consentement de tous les communistes pour vendre les biens meubles et immeubles qu'ils avaient acquis, ou un pouvoir donné à un mandataire par tous. Or, il se trouvait que le liquidateur n'avait pas reçu ses pouvoirs de tous les communistes, l'un d'eux, décédé, ayant laissé des enfants mineurs qui n'avaient pas été représentés à l'assemblée générale (2).

444. L'article 1846 dispose que l'associé qui prend des sommes dans la caisse sociale doit les intérêts à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier. Cette disposition est-elle applicable aux communistes? Les termes mêmes de la loi y répugnent; il ne peut pas s'agir de tirer des sommes d'une *caisse sociale,* alors qu'il n'y a point de société. Toutefois il se peut qu'il y ait une caisse commune; le communiste, pas plus que l'associé, ne peut se servir des fonds communs dans son seul intérêt; mais, à la différence de l'associé, il peut immédiate-

(1) Comparez Rejet, 31 octobre 1811 (Dalloz, au mot *Société,* n° 514), et les auteurs anciens cités dans le *Répertoire.*

(2) Rejet, chambre civile, 13 mars 1866 (Dalloz, 1867, 1, 222).

ment demander sa part des fonds communs. S'il prend dans la caisse commune des sommes qui dépassent sa part, en devra-t-il les intérêts de plein droit? Il ne les doit pas en vertu de l'article 1846, parce que les dispositions qui font courir les intérêts de plein droit sont de stricte interprétation comme dérogeant au droit commun. Et comme il n'y a pas de texte qui oblige le communiste à payer les intérêts, on pourrait en conclure qu'il n'y est pas tenu. Toutefois nous croyons que les copropriétaires ont le droit de réclamer les intérêts et les fruits que l'un d'eux percevrait d'une chose commune. L'article 1153 doit être écarté du débat, il concerne les obligations conventionnelles; or, entre copropriétaires il n'y a pas de lien d'obligation; dans notre opinion, cela est certain, puisque nous n'admettons pas même l'existence d'un quasi-contrat entre communistes. La question doit donc être décidée par les principes qui régissent la propriété : or, aux termes de l'article 549 les fruits appartiennent au propriétaire par droit d'accroissement; par identité de motifs les intérêts doivent appartenir au propriétaire d'une somme d'argent. Le communiste qui doit compte des fruits de la chose commune qu'il perçoit doit aussi compte de l'usage qu'il a fait de la somme d'argent qui appartient à ses copropriétaires; c'est un préjudice qu'il leur cause, il est tenu de le réparer, car la jouissance d'une chose qui ne nous appartient pas est un fait dommageable, donc un quasi-délit; on peut donc invoquer l'article 1382 à l'appui de notre décision.

3. COMMENT LA COMMUNAUTÉ FINIT.

445. L'article 1865 porte que la société finit par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée; par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation; par la mort, l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés; par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société. Cette disposition s'applique-t-elle à la communauté? Pothier, qui identifie

presque la société et ce qu'il appelle la quasi-société, répond : « La communauté ne peut prendre fin que de trois manières, ou par le partage, ou par la cession ou l'abandon que l'un des quasi-associés ferait de sa part à l'autre, ou par l'extinction des choses communes. » Il y a donc, sous ce rapport, une différence considérable entre la communauté et la société. Il y a même une différence entre les modes de dissolution que Pothier déclare applicables aux associés et aux quasi-associés. Le partage met fin à toute communauté, mais les communistes peuvent toujours demander le partage, tandis que les associés ne le peuvent que lorsque la société est dissoute. Pothier place parmi les causes de dissolution la cession ou l'abandon que l'un des deux associés ou quasi-associés fait de sa part à l'autre; cela est vrai de la communauté, cela n'est pas vrai de la société, au moins pour l'abandon ; s'il n'y a que deux associés, ils peuvent sans doute mettre fin à la société, si l'un cède sa part à l'autre, c'est la dissolution par consentement mutuel ; l'un des communistes peut aussi vendre sa part à son copropriétaire, ce qui met fin à la communauté. Mais l'un des communistes peut encore faire abandon de la chose commune pour se décharger de ses obligations, pour mieux dire afin de s'affranchir des charges de la copropriété ; l'associé n'a pas ce droit. Au titre des *Servitudes*, nous avons vu un exemple de cet abandon ; nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 656.

446. Il suit de là que la communauté ne finit pas par la mort, ni par l'interdiction, ni par la déconfiture de l'un des communistes. La différence est remarquable, et elle confirme le principe d'où elle découle. Dans la société, l'élément personnel domine, d'où la conséquence que tout changement de personnes, et toute modification dans l'état de la personne, doivent entraîner la dissolution de la société. Dans la communauté, c'est l'élément réel de copropriété qui domine ; or, la propriété est indépendante de la vie comme de la capacité du propriétaire ; perpétuelle, elle se transmet d'un héritier à l'autre, et elle n'est pas affectée par le changement d'état que subit le propriétaire ;

tout ce qui en résulte, c'est que l'exercice du droit est subordonné à certaines conditions, qui laissent le droit même intact. Les considérations personnelles ne sont pour rien dans la communauté, tandis que la société civile se contracte par la confiance, et se dissout quand cette confiance ne peut plus subsister.

447. Quand la communauté est dissoute, on procède au partage du fonds commun, à moins qu'elle ne finisse par l'extinction de la chose commune. Même dans ce cas, dit Pothier, les obligations que la communauté aurait formées entre les communistes ne laisseraient pas de subsister, jusqu'à ce que les parties en eussent compté et s'en fussent fait raison.

Pothier ajoute que les actions que les communistes ont contre leurs copropriétaires pour parvenir au partage, sont, entre les cohéritiers, l'action *familiæ erciscundæ*, et dans tous les autres cas de communauté, l'action *communi dividundo*. Ces deux actions, dit Pothier, dans nos usages ne diffèrent en rien l'une de l'autre; mais elles sont différentes de l'action *pro socio*. Celle-ci est une action personnelle, puisqu'elle naît des obligations du contrat de société; les autres sont mixtes, elles tiennent de l'action réelle, en ce qu'elles tendent à réclamer, à revendiquer en quelque façon (c'est l'expression de Pothier), et à faire déterminer la part qu'elles demandent dans les choses communes; elles sont personnelles, en ce qu'elles ont aussi pour objet les obligations que la communauté forme entre les communistes. A notre avis, c'est l'élément réel qui domine, et puisque c'est une espèce de revendication, il ne peut pas s'agir de droits personnels (1).

4. APPLICATIONS.

448. Il y a des cas dans lesquels il est douteux si un fait juridique constitue une communauté ou une société. De là des décisions judiciaires qui paraissent contradictoires, parce qu'elles semblent qualifier un seul et même

(1) Pothier, *De la société*, nos 193 et 194. Pont, p. 56, no 80.

fait, tantôt de société, tantôt de communauté. Le principe qui les distingue est cependant très-simple : il est écrit dans l'article 1832. Deux personnes mettent quelque chose en commun ; il faut supposer qu'il y a une convention entre elles, sinon il n'y a aucun rapport entre la communauté et la société. La seule convention en vertu de laquelle une chose est commune entre plusieurs personnes, forme-t-elle une société? Non, car dans la société il y a deux éléments, d'abord une chose mise en commun, ensuite le but que les contractants ont en vue, celui de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Quand ce second élément manque, il n'y a pas de société, mais comme une chose est commune à plusieurs personnes, il y a communauté. C'est donc l'intention des parties qui décide s'il y a communauté ou société; or, l'intention des parties peut être différente, quoique le fait juridique paraisse le même; de là des décisions en apparence contradictoires. En droit, il n'y a pas de contradiction, puisque les juges ne décident pas en droit, ils décident en fait.

449. Deux personnes achètent en commun un immeuble. Il a été jugé qu'il y avait simple communauté, et nous avons rapporté un autre arrêt qui décide qu'il y a société (p. 245, note 3). L'achat constitue une simple communauté, quand il est constaté en fait que les acquéreurs n'ont pas acheté le domaine dans la vue d'en opérer la revente et de partager le bénéfice qui pourrait en résulter, alors même que les communistes l'ont revendu avec bénéfice. La cour de cassation l'a ainsi jugé, et la décision est irréprochable, puisqu'elle se fonde sur l'intention des parties, telle qu'elle résultait des faits constatés par le premier juge, et cette intention est l'élément décisif du débat (1).

Par contre, la cour de cassation a jugé qu'il y avait société dans le fait suivant. Deux marchands fripiers s'assemblent et conviennent de se rendre en commun adjudicataires de divers lots mis aux enchères par l'adminis-

(1) Cassation, 22 novembre 1852 (Dalloz, 1872, 1, 325). Comparez Aix, 30 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 117).

tration de la marine. Les parties elles-mêmes qualifiaient l'opération comme étant le résultat d'une association en participation. Il est vrai, dit la cour, que la qualification donnée par les parties à leurs conventions ne suffit pas pour en déterminer le caractère, et n'enchaîne pas les tribunaux dans l'appréciation qu'ils sont appelés à en faire. Mais, en laissant de côté les termes du contrat, il est certain que la convention d'acheter en commun a suffi, d'après l'article 48 du code de commerce, pour constituer une société en participation, soit que les participants eussent dû revendre aussi en commun les objets achetés, soit qu'ils eussent dû seulement les partager entre eux après leur achat (1). Il faut sous-entendre que les acheteurs, après avoir partagé, avaient en vue de revendre; car c'est l'achat pour revendre qui constitue un acte de commerce (art. 632), et aux termes de l'article 48, l'association en participation suppose une opération de commerce.

450. Les unions illégitimes, si nombreuses dans les grandes villes, donnent lieu à une difficulté. Quand l'union est légitime, l'association des personnes produit une société de biens, appelée communauté; il va sans dire que le concubinage n'a pas l'effet que la loi et la volonté des futurs époux attribuent au mariage. Mais, de fait, ceux qui vivent en concubinage peuvent unir leurs intérêts, de même qu'ils restent souvent personnellement unis pendant toute leur vie. Est-ce une société? est-ce une communauté? Ce peut être une société de biens si les conditions que la loi exige sont remplies : il faut une mise, il faut que les concubins aient l'intention de partager le bénéfice qui en pourra résulter (art. 1832); enfin il faut prouver l'existence de ces conditions. La prétention de ceux qui ont vécu en concubinage, d'avoir formé une société de biens, a toujours échoué devant la difficulté de preuve; l'article 1834 exige un écrit lorsque l'objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs, et cette preuve n'a jamais été fournie. S'il n'y a pas société, y a-t-il du moins communauté de fait? Il est certain que les concubins affec-

(1) Cassation, 4 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Société*, n° 122, 2°).

tent les apparences du mariage, et que d'ordinaire ils vivent ensemble comme s'ils étaient mariés ; ils mettent leur avoir en commun, la femme possède un ménage, elle concourt parfois avec le prétendu mari à l'exploitation d'un établissement de commerce ou d'industrie; c'est, en fait, ce que la communauté légale est en droit. N'en faut-il pas conclure qu'à la dissolution de cette communauté de fait par la mort de l'un des communistes, il y a lieu de liquider les intérêts communs, non pas d'après les règles de la communauté légale, mais d'après les principes qui régissent la communauté de fait? On ne peut nier qu'il y ait une communauté de fait, donc des intérêts communs, donc des droits; il y a même plus que communauté, il y a un élément social, il y a collaboration de deux personnes, un gain fait en commun ; pourquoi refuserait-on aux intéressés une action pour liquider ces intérêts communs? Il y a un arrêt en ce sens (1); mais la jurisprudence se prononce en général pour l'opinion contraire.

Une femme mariée, abandonnée de son mari, s'était attachée à un ouvrier armurier ; ils s'établirent dans une petite ville, et y achetèrent, de deniers empruntés, un fonds de limonadier qu'ils exploitèrent en commun, vivant comme mari et femme, et se faisant passer pour tels. L'établissement prospéra. Après la mort de la femme, la fille qu'elle avait eue de son mariage réclama, du chef de sa mère, la moitié de l'établissement et la moitié des bénéfices qui étaient le résultat de la gestion commune. Le tribunal de première instance accueillit la demande, mais le jugement fut infirmé en appel : la cour de Paris dit qu'il n'y avait pas de société, faute de preuve. Vouloir, dit-elle, reconnaître le principe et la preuve d'une société dans les relations qui ont existé entre les concubins, ce serait leur attribuer des effets qui n'appartiennent qu'au mariage (2).

Même décision de la cour de Bordeaux dans un cas analogue. Il n'y avait pas, dans l'espèce, d'industrie com-

(1) Rennes, 19 décembre 1833 (Dalloz, au mot *Société*, n° 307).
(2) Paris, 19 août 1851 (Dalloz, 1854, 2, 84).

mune; la femme exerçait la profession de confectionneuse, l'homme celle de doreur. La femme prétendait avoir versé dans la caisse commune les produits de son industrie, elle réclamait sa part dans les bénéfices. La cour commence par établir, ce qui va de soi, que des concubins ne peuvent invoquer les relations illégitimes qui ont existé entre eux pour en induire un droit quelconque. Puis elle constate que la société n'était pas prouvée. Elle rejette également, pour défaut de preuve, la réclamation fondée sur ce que la femme avait versé dans la caisse commune les fruits de son industrie (1).

Ce second arrêt se place exclusivement sur le terrain de la preuve; il s'agit de savoir si la communauté est soumise aux règles générales qui régissent la preuve. L'affirmative nous paraît certaine. La communauté entre concubins résulte d'un concours de consentement, donc d'une convention tacite; cette convention doit être constatée par écrit, en ce sens que la preuve testimoniale n'est pas admise, les parties intéressées ayant pu et dû se procurer une preuve littérale. Reste une autre difficulté. La jurisprudence invoque l'intérêt de la morale, et elle a certes raison de réprouver le concubinage et de refuser aux relations illégitimes un effet que la loi n'attache qu'au mariage. Toutefois, il ne faut pas outrer les choses. Quand un homme marié contracte, avant la dissolution de son mariage, une seconde union avec une femme qui connaît l'existence du premier mariage, il y a aussi des relations adultérines; aux yeux de la morale, elles sont aussi coupables que le concubinage; aux yeux de la loi, il y a une faute de plus, c'est que les parties contractantes ont violé une loi d'ordre public en essayant de donner un effet légal à une union adultérine. Néanmoins, si ce mariage est annulé, les parties intéressées ont une action pour liquider la communauté de fait qui a existé entre elles, et la liquidation a lieu d'après les principes de la communauté de fait. Eh bien, c'est cette action que nous demandons pour les concubins; et, en principe, on ne peut pas

(1) Bordeaux, 19 mars 1868 (Dalloz, 1868, 2, 222).

la leur refuser. La seule difficulté est donc celle de la preuve. Cette difficulté n'existe pas dans le cas d'un mariage entaché d'adultère, ou de toute autre nullité d'ordre public; car l'acte de célébration du mariage peut être invoqué comme preuve littérale de la vie commune et, par conséquent, de la communauté de fait.

Un arrêt récent de la cour de Paris admet même, et avec raison, qu'il peut exister une véritable société entre concubins. En droit, cela est d'évidence, puisqu'il n'y a aucune loi qui déclare les concubins incapables de contracter, ni de former une société. La difficulté concerne donc toujours la preuve. Dans l'espèce, un failli marié, abandonna sa femme et vécut pendant trente ans en concubinage avec une fille, sous le nom de laquelle il reprit son commerce, lequel finit par prospérer. La cour constate qu'il existait entre les concubins une société universelle de gains. Elle invoque les aveux que fit la concubine dans un interrogatoire sur faits et articles. La cour puise dans ces aveux un commencement de preuve par écrit qu'elle fortifie par des présomptions. Il est inutile d'entrer dans le détail des faits; quant aux principes de droit sur lesquels la cour fonde sa décision, ils sont incontestables (1).

(1) Paris, 13 juin 1872 (Dalloz, 1873, 2, 169).

TITRE XI.

(TITRE X DU CODE CIVIL.)

DU PRÊT (1).

CHAPITRE Ier.

NOTIONS GÉNÉRALES.

451. L'article 1874 porte : « Il y a deux sortes de prêt : celui des choses dont on peut user sans les détruire, et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait. La première espèce s'appelle *prêt à usage* ou *commodat*; la deuxième s'appelle *prêt de consommation*, ou simplement *prêt*. » Boutteville, dans son rapport au Tribunat, formule en ces termes le principe consacré par l'article 1874 : « Il suit de la nature des choses que celles dont on peut user sans les consommer ni les détruire sont les seules qui puissent être l'objet du prêt à usage ou commodat; que celles, au contraire, dont on ne peut user sans les consommer ne peuvent être l'objet que du prêt de consommation (2). »

Les auteurs du code ont emprunté ce principe à Pothier. « Toutes les choses, dit-il, qui ne se consomment point par l'usage qu'on en fait peuvent faire l'objet du commodat. Il est évident que les choses qui se consom-

(1) Sources : Pothier, *Traités du prêt à usage et du prêt de consommation*. Duvergier, *Traité du prêt*, 1 vol. in-8° (Paris, 1843). Troplong, *Traité du prêt*, 1 vol. in-8° (Paris, 1845). Pont, *Des petits contrats*, t. Ier.

(2) Boutteville, Rapport, n° 2 (Locré. t. VII, p. 279).

ment par l'usage qu'on en fait ne peuvent être l'objet de ce contrat, car celui à qui la chose est prêtée s'oblige à la rendre elle-même, *in individuo*, après qu'il s'en sera servi ; il en résulte que les choses dont on ne peut se servir qu'en les consommant et les détruisant ne peuvent être l'objet de ce contrat. Par exemple, de l'argent comptant et des denrées ne peuvent être l'objet du contrat de prêt à usage, mais seulement du prêt de consommation (1). »

Le principe de Pothier, suivi par les auteurs du code, a été critiqué. On leur a reproché de confondre les choses consomptibles avec les choses fongibles. Ce n'est pas la nature physique des choses qui décide si elles peuvent ou non faire l'objet d'un prêt à usage, ou d'un prêt de consommation, c'est la volonté des parties ; peu importe qu'une chose se consomme ou non par l'usage que l'on en fait, si l'intention des parties est qu'une chose consomptible fasse l'objet d'un prêt à usage, il y aura commodat ; de même qu'il y aura prêt de consommation, si la volonté des parties est d'y comprendre des choses qui ne se consomment pas par l'usage qu'on en fait. Il faut donc remplacer le mot *consomptible* par le mot *fongible*. Une chose est fongible ou non fongible quand elle peut ou ne peut pas être restituée en objets de même quantité, qualité et valeur ; et c'est la volonté des parties qui décide si la restitution doit se faire *in individuo* ou non. Elles peuvent donc convenir que des choses consomptibles seront prêtées à usage quand l'usage ne consiste que dans la montre : la chose sera non fongible, dans ce cas, quoique consomptible. Elles peuvent aussi convenir que des choses non consomptibles feront l'objet d'un prêt de consommation ; la chose sera fongible, dans ce cas, quoique non consomptible. Ce qui explique l'erreur de Pothier, c'est que généralement les choses consomptibles sont aussi fongibles dans l'intention des parties contractantes, et les choses non consomptibles sont non fongibles, d'après cette même intention. Les critiques concluent qu'il vaut mieux se servir de termes qui marquent que tout dépend de la vo-

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, nos 14 et 17.

lonté des parties sans que l'on considère les qualités matérielles de la chose (1).

Cela est vrai, mais on a fait trop de bruit de la prétendue erreur de Pothier et des auteurs du code. Pothier est un jurisconsulte pratique, et les auteurs du code, heureusement, n'étaient pas des théoriciens. Ils se placent toujours sur le terrain de la réalité, en négligeant les distinctions de l'école. Or, tout le monde convient que les choses consomptibles sont presque toujours fongibles, et que les choses non consomptibles sont d'ordinaire non fongibles. Au point de vue pratique, Pothier et le code ont donc raison. Et c'est bien pour la vie réelle que les lois sont faites, et non pour l'école. Est-ce à dire que Pothier ignorât que des choses consomptibles peuvent, à la rigueur, faire l'objet d'un prêt à usage, et que des choses non consomptibles peuvent faire l'objet d'un prêt de consommation? Lui-même le dit en toutes lettres. Dans le numéro où il établit le principe que les auteurs du code lui ont emprunté, Pothier ajoute : « Néanmoins les choses qui sont de nature à se consommer par l'usage peuvent quelquefois faire l'objet du contrat de *prêt à usage*; savoir lorsqu'elles sont prêtées, non pour l'usage naturel auquel ces choses sont destinées, mais seulement pour la montre, *ad ostentationem*; car, ces choses ne se consommant point par cette espèce d'usage, rien n'empêche qu'elles ne puissent être l'objet du contrat de *prêt à usage*. C'est la décision des lois romaines. » La doctrine que l'on oppose à Pothier est donc celle de Pothier et de nos maîtres, les jurisconsultes de Rome; tâchons de nous inspirer de leur esprit pratique, cela vaut mieux que de les critiquer.

452. La nature différente des choses qui font l'objet du commodat et du prêt a une conséquence très-importante en ce qui concerne la propriété et les risques. Dans le commodat, le prêteur demeure propriétaire de la chose (art. 1877). Dans le prêt, l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée; l'article 1893 ajoute que c'est

(1) Marcadé suivi par Pont, *Traité des petits contrats*, t. I, p. 11, nos 7-11. Comparez Duvergier, qui critique, au contraire, la distinction des choses en fongibles et non fongibles (*Du prêt*, p. 19, no 19).

pour lui que la chose périt, de quelque manière que cette perte arrive. Il n'en est pas de même du commodataire; il est débiteur d'un corps certain, de la chose prêtée qu'il doit restituer; il doit la conserver avec les soins d'un bon père de famille (art. 1880); s'il remplit cette obligation, la perte fortuite sera pour le prêteur, non parce qu'il est resté propriétaire, mais parce que le débiteur a rempli ses obligations, et que, par suite, la perte fortuite le libère (art. 1302). C'est l'application des principes que nous avons établis, au titre des *Obligations*, sur les risques (1).

453. Les deux prêts sont des contrats réels, à la différence des contrats de vente, de louage et de société, qui sont des contrats consensuels. Domat et Pothier le disent, et il ne vaudrait pas la peine de le répéter si la distinction des contrats en réels et consensuels n'avait été critiquée par Toullier et, à sa suite, par Duvergier. Je m'engage à vous vendre tel cheval : la vente est parfaite par le seul concours de notre consentement réciproque. Je m'engage à vous prêter tel cheval; vous acceptez ma promesse : y aura-t-il prêt? Non; s'il y avait prêt, vous seriez obligé de conserver la chose avec les soins d'un bon père de famille (art. 1880); or, pouvez-vous être tenu à conserver une chose que vous ne possédez pas? S'il y avait prêt, vous seriez obligé de rendre la chose empruntée; or, pouvez-vous être tenu de me restituer une chose que vous n'avez pas reçue, et de la restituer à moi qui la détiens? C'est ce que disent Pothier, Domat et tous les auteurs, et le bon sens le dit (2).

454. La distinction n'est pas de pure théorie. Si l'on admet qu'il n'y a plus de contrats réels, que tous les contrats sont consensuels, on risque d'aboutir à une erreur en considérant comme un prêt la promesse de prêter acceptée par celui à qui elle est faite. Aux termes de l'article 1589, la promesse de vente vaut vente. En est-il de même de la promesse de prêt? Non, la promesse de vente produit tous les effets que la loi attache à la vente; tandis

(1) Duranton, t. XVII, p. 558, nº 484. Mourlon, t. III, p. 368, nº 926.
(2) Pothier, *Du prêt à usage*, nº 6. Comparez Duvergier, *Du prêt*, p. 29, nº 25.

que la promesse de prêt ne produit pas les effets du prêt. Dans le prêt, contrat unilatéral, une seule des parties est obligée, c'est l'emprunteur. Qui est obligé par la promesse de prêt? L'emprunteur? Il n'y a pas encore d'emprunteur, il ne peut être tenu ni de conserver la chose ni de la restituer, puisqu'il ne l'a pas. Qui donc est obligé? Celui qui a fait la promesse de prêter. En ce sens, tous les contrats sont consensuels; ils obligent celui qui a promis et donnent un droit à celui qui a stipulé, mais ils produisent des effets différents, suivant qu'ils sont réels ou personnels.

En quoi consiste l'obligation de celui qui promet de prêter? On a soutenu que la promesse n'était pas valable dans une espèce où elle était constatée par écrit. C'était une erreur évidente, puisque le concours de consentement était prouvé. Quel est l'effet de la promesse? C'est une obligation de livrer, donc une obligation de faire; il faut donc appliquer les principes qui régissent l'obligation de faire. Celui qui s'est obligé à faire peut être forcé de remplir sa promesse, si l'exécution forcée est possible; or, la promesse de livrer peut être exécutée malgré le débiteur. Il en est ainsi en matière de vente, il en doit être de même dans le cas de la promesse de prêt. Le créancier a donc une action contre le débiteur, action tendant à ce que le débiteur soit contraint, même par la force, à lui livrer la chose prêtée. Le cas s'est présenté devant la cour de Colmar dans une espèce où le prêt intéressait aussi le prêteur. Celui-ci refusa de tenir sa promesse. La cour le condamna à l'exécuter. La décision est très-juste, mais elle est mal formulée. L'arrêt dit qu'il s'agit, non d'une obligation de faire, qui se résout nécessairement en des dommages-intérêts, mais d'une obligation de livrer un local, ce qui permet d'ordonner toutes mesures coercitives nécessaires pour l'exécution de l'obligation; en conséquence, la cour condamna le débiteur à livrer le local, en autorisant le créancier à procéder par toute voie de droit(1). Il n'est pas exact de dire que toute obligation de faire se résout nécessairement en dommages-intérêts; nous ren-

(1) Colmar, 8 mai 1845 (Dalloz. 1846, 2, 219).

voyons, sur ce point, à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVI, nos 197-201). Et il n'est pas exact non plus de dire que l'obligation de livrer n'est pas une obligation de faire; ce qui est vrai, c'est que cette obligation peut d'ordinaire être exécutée malgré le débiteur, tandis que la plupart des obligations de faire exigent l'intervention personnelle du débiteur. Nous disons d'*ordinaire*. Car il se peut que la chose que le débiteur s'est obligé de prêter ne se trouve plus dans ses mains; s'il l'a aliénée, le créancier n'a pas d'action contre l'acheteur, puisqu'il n'a qu'un droit de créance. Dans ce cas, la promesse de prêter ne pourra pas être exécutée forcément, elle se traduira en dommages-intérêts.

CHAPITRE II.

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT.

SECTION I. — De la nature et des conditions du prêt à usage.

455. « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi » (art. 1875). Il est donc de l'essence du prêt que celui à qui la chose est livrée la reçoive pour s'en servir à un certain usage pour lequel elle lui est prêtée. Cet usage est personnel à l'emprunteur, en ce sens qu'il ne peut pas céder son droit à un tiers; il n'a pas de droit dans la chose, comme l'usufruitier ou l'usager, il n'a que le droit de faire un certain usage de la chose, usage qui a déterminé les parties à contracter. Le projet admis par le conseil d'Etat ajoutait : *pour ses besoins*; ce qui marquait la personnalité du contrat. Le Tribunat proposa de retrancher ces mots, comme inutiles, parce qu'ils di-

saient surabondamment ce qui était déjà suffisamment exprimé (1).

Toutefois l'article 1879 porte que « les engagements qui se forment par le commodat passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. » C'est l'application du droit commun : nous stipulons et nous promettons pour nous et pour nos héritiers. L'article 1122 ajoute cette restriction : « A moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention. » Ne devrait-on pas ranger le prêt parmi les contrats qui sont personnels de leur nature? Il est certain que les motifs que donnent le rapporteur et l'orateur du Tribunat pour expliquer le prêt sont tous personnels. « Celui, dit Boutteville, qui consent à aider de sa chose un concitoyen, un ami, exerce envers lui un acte de générosité, d'amitié ou de bienfaisance »: voilà certes des sentiments personnels. Albisson invoque également la bienveillance, la commisération, la bienfaisance, la fidélité (2). Il y a plus; l'objet du contrat est presque toujours personnel à l'emprunteur : est-ce que ses besoins sont ceux de ses héritiers? Cela peut arriver, mais c'est certainement l'exception. La loi fait, au contraire, de l'exception la règle et de la règle l'exception; l'article 1879 ajoute : « Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée. » Quelle est cette considération de l'emprunteur? C'est ou le lien d'amitié qui unit les parties, ou le besoin personnel de l'emprunteur : question de fait dont la solution dépend de l'intention des parties contractantes et des circonstances de la cause.

456. Le prêt est temporaire; l'article 1875 dit que l'emprunteur est obligé de rendre la chose après s'en être servi. Mais, de son côté, le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel

(1) Observations du Tribunat, n° 3 (Locré, t. VII, p. 273). Duvergier, *Du prêt*, p. 12, n° 15.

(2) Boutteville, Rapport, n° 2 (Locré, t. VII, p. 279). Albisson, Discours, n° 2 (Locré, t. VII, p. 283).

elle a été empruntée (art. 1888). Ne faut-il pas conclure de là que le prêt à usage est un contrat bilatéral, ce qui rendrait applicables les articles 1184 et 1325? Non, on ne peut pas considérer comme une obligation le droit d'usage que le prêteur donne à l'emprunteur, c'est plutôt une condition d'existence du contrat. En effet, il n'y a pas de prêt si l'emprunteur n'a pas le droit d'user de la chose; donner la chose d'une main afin que l'on s'en serve et la reprendre de l'autre, ce n'est pas prêter; pour qu'il y ait prêt, il faut que la chose soit remise à l'emprunteur avec l'intention qu'il s'en serve. C'est la livraison faite dans cette vue qui constitue le contrat. Et, une fois le contrat formé, le prêteur n'a plus aucune obligation à remplir en vertu du commodat; l'emprunteur seul est obligé, donc le contrat est unilatéral. C'est donc improprement que le code parle des obligations du prêteur dans la section III, intitulée : *Des engagements de celui qui prête à usage*; il n'est obligé que par un fait accidentel, dans les cas prévus par les articles 1890 et 1891; mais ces obligations, comme nous le dirons plus loin, ne naissent pas du contrat même; donc elles ne peuvent pas avoir pour effet de le rendre bilatéral.

Le principe que le prêteur a le droit d'user de la chose pendant le temps convenu expressément ou tacitement sert à distinguer le commodat du précaire. On entend par précaire, dit Pothier, une convention par laquelle, à votre prière, je vous donne une chose pour vous en servir tant que je voudrai bien le permettre, et à charge de me la rendre à ma réquisition. On peut voir dans Pothier les différences qui existaient, en droit romain, entre le précaire et le commodat. En droit français, c'est une simple modification du prêt; le prêteur peut réclamer la restitution de la chose, sans même invoquer le besoin qu'il en aurait; le terme dépend donc de sa seule volonté; tandis que, dans le commodat, le prêteur ne peut reprendre la chose qu'à l'expiration du terme convenu (1).

457. L'article 1876 ajoute un caractère qui distingue

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, nos 87 et 88.

le prêt à usage : il est essentiellement gratuit. Si celui qui accorde l'usage d'une chose exige une prestation de l'autre partie, il n'y a plus de prêt. C'est un autre contrat, soit un louage, si la prestation consiste dans une somme d'argent, soit un contrat innomé, quand l'autre partie s'oblige à donner ou à faire quelque chose en retour de l'usage qu'elle reçoit (1).

458. Qui peut consentir un prêt? Le prêt étant un contrat, les parties doivent avoir la capacité de s'obliger. De là suit que les incapables ne peuvent pas consentir un commodat. C'est le droit commun. Dans l'application, il faut distinguer entre le prêteur et l'emprunteur ; la différence est grande entre les deux parties contractantes : l'une se prive de la jouissance de la chose pour la conférer à l'emprunteur ; tandis que celui-ci obtient un avantage purement gratuit. La situation des parties n'étant pas la même, leur capacité doit aussi être différente.

Le prêt est une libéralité, mais la libéralité ne porte que sur l'usage de la chose, et cet usage n'est pas un démembrement de la propriété, c'est un droit de créance. De là suit que le prêt n'est pas un acte de disposition. En faut-il conclure que c'est un acte d'administration? On l'enseigne (2). Nous croyons que la conséquence n'est pas juridique. L'administration se fait dans l'intérêt de celui qui administre ; voilà pourquoi la loi permet à des incapables de faire des actes d'administration ; tels sont les mineurs émancipés et les femmes séparées de biens. Le législateur suppose qu'ils géreront bien leurs propres affaires, puisqu'ils y sont intéressés. On ne peut en dire autant du prêt : comme tout donateur, le prêteur perd, et perdre n'est pas administrer. Or, dès que le commodat dépasse le pouvoir d'administration, les incapables, qui n'ont que ce pouvoir, ne peuvent pas le consentir. A plus forte raison les administrateurs des biens d'autrui, tels que le tuteur, le mari, ne peuvent-ils pas donner à prêt les choses mobilières ou immobilières qui appartiennent à ceux dont ils

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 3.
(2) Pont, *Des petits contrats*, t. I, p. 24, n° 54.

gèrent les biens; donner, quel que soit l'objet du don, n'est pas administrer (1).

Quant aux incapables proprement dits, les mineurs non émancipés, les interdits, les femmes mariées sous un autre régime que celui de séparation de biens, ils ne peuvent pas prêter, parce qu'ils sont frappés d'une incapacité générale de contracter. Il suit de là que le prêt qu'ils feraient serait nul. La nullité est relative, par application des principes concernant les actes faits par les incapables et la nullité qui en résulte (art. 1125) (2).

459. Les incapables peuvent-ils emprunter? Par le commodat, ils reçoivent un avantage gratuit; sous ce rapport, ils améliorent leur position; mais, d'un autre côté, ils s'obligent à veiller à la conservation de la chose prêtée avec les soins d'un bon père de famille; s'ils manquent à cette obligation, ils sont responsables; partant ils ne peuvent pas recevoir un prêt. Est-ce à dire qu'ils doivent restituer la chose empruntée, sans en avoir usé? L'incapable seul peut opposer son incapacité; il peut donc user de la chose jusqu'à l'expiration du terme convenu. Sera-t-il tenu de la perte pour n'avoir pas conservé la chose en bon père de famille? Non, car il n'est pas tenu comme emprunteur; il ne répond donc que de son dol en vertu de l'article 1310 (3).

460. Quelles choses peuvent faire l'objet du commodat? L'article 1878 répond : « Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention. » Il faut que la chose soit dans le commerce; c'est l'application du principe établi par l'article 1128 : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. » Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur cette règle, au titre des *Obligations*. L'article 1878 exige encore que la chose ne se consomme pas par l'usage; en effet, il est de l'es-

(1) Comparez, en sens divers, Duranton, t. XVII, p. 576, n° 510; Duvergier, *Du prêt*, p. 52, n^{os} 46 et 47.

(2) Duranton, t. XVII, p. 575, n° 509. Mourlon, t. III, p. 372, n° 936. Duvergier, *Du prêt*, p. 50, n° 45.

(3) Duvergier, *Du prêt*, p. 47, n^{os} 38-40.

sence du commodat que l'emprunteur s'oblige de rendre la chose après s'en être servi; or, quand la chose est consomptible, il ne peut s'en servir sans la consommer, ce qui le met dans l'impossibilité de la rendre. Cela résulte encore de l'article 1877, qui consacre un autre caractère également essentiel du prêt à usage : « Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée. » Or, si la chose était consomptible, l'emprunteur en deviendrait nécessairement propriétaire, puisqu'il aurait le droit de la consommer, c'est-à-dire de la détruire, et le propriétaire seul a ce droit. Toutefois le principe que le commodat ne peut avoir pour objet des choses consomptibles reçoit une exception, comme nous l'avons dit plus haut (n° 451); il est inutile de citer les exemples que les auteurs donnent, ce sont des exemples d'école. Nous renvoyons à Pothier (1).

L'article 1878, emprunté à Pothier, est conçu dans les termes les plus généraux; il s'applique donc à toutes les choses non consomptibles, pourvu qu'elles soient dans le commerce. D'ordinaire ce sont les choses mobilières qui font l'objet de ce contrat; néanmoins les immeubles peuvent aussi être prêtés. Pothier en fait la remarque, et nous en avons vu un exemple emprunté à la jurisprudence (n° 454).

461. Le prêteur doit-il être propriétaire de la chose qu'il donne en prêt? Non, les lois romaines disent et Pothier répète que si un voleur prête la chose qu'il a volée, c'est un vrai contrat de prêt qui oblige celui à qui elle est prêtée de la rendre au voleur; entre les parties, le prêt produit tous ses effets. Bien entendu que le propriétaire pourrait revendiquer la chose contre l'emprunteur; c'est un des cas dans lesquels la loi admet la revendication des choses mobilières (art. 2279) (2).

462. Le code ne contient aucune disposition sur la preuve du prêt à usage. Dans le silence de la loi, on applique les principes généraux qui sont établis au titre des *Obligations*. Il en résulte que le prêteur ne peut prouver

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 17. Pont, *Des petits contrats*, t. I, p. 18, n° 39.

(2) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 18.

le prêt par témoins lorsque la chose prêtée a une valeur de plus de 150 francs, à moins qu'il n'ait un commencement de preuve par écrit, ou que le prêt ne se soit fait dans des circonstances où l'on ne pouvait pas faire d'actes par écrit (art. 1341, 1347 et 1348, n° 3). Dans l'ancien droit, la question était controversée, bien qu'il n'y eût pas le moindre doute; aussi Pothier ne mentionne pas même la controverse; il se borne à appliquer l'ordonnance de 1667 au prêt, comme elle s'appliquait, d'après sa disposition formelle, au dépôt.

Cependant la cour de Colmar a admis la preuve testimoniale du prêt d'un immeuble. Il ne vaudrait pas la peine de mentionner l'arrêt, très-ancien, si Troplong n'avait jugé convenable d'en prendre la défense, alors que tous les auteurs le critiquent et le répudient. La cour dit que le législateur qui défend la preuve par témoins du dépôt volontaire (art. 1341) ne la prohibe pas dans le cas du prêt à usage, sans doute parce qu'il a regardé la facilité de confier quelque chose à un ami qui vous le demande comme un fait plutôt que comme une convention. Que des personnes étrangères à notre science raisonnent ainsi, cela se comprend à la rigueur; mais une cour d'appel! Peut-il y avoir prêt sans concours de consentement? et tout concours de consentement n'est-il pas un contrat? Mais à quoi bon discuter quand la loi a parlé? Elle qualifie le prêt à usage de contrat (art. 1875), et l'on est presque honteux de le rappeler. La cour invoque les sentiments d'humanité qui portent une personne à faire un prêt à un ami; dans l'espèce, il s'agissait d'une cave qui avait été prêtée pour y déposer deux pièces d'eau-de-vie pendant une année où les vendanges avaient été si abondantes, que personne, pour ainsi dire, n'avait pu loger chez soi les vins et eaux-de-vie. Ce serait, dit-on, détruire la confiance qui doit régner entre les hommes et les meilleurs sentiments que d'exiger un écrit; il faut donc laisser au prêteur la faculté de prouver le fait par témoins (1). Notre réponse est simple et péremptoire; elle est écrite

(1) Colmar, 18 avril 1806 (Dalloz, au mot *Prêt*, n° 59).

dans l'article 1341 ; la loi rejette la preuve testimoniale pour *toutes choses*, même pour dépôts volontaires ; elle n'admet donc pas ces sentiments de délicatesse qui empêchent de demander une reconnaissance écrite ; délicatesse, d'ailleurs, très-déplacée, puisque la défiance ne s'adresse point à l'ami à qui on prête la chose, c'est une mesure de prudence dictée par l'incertitude de la vie humaine.

Que dit Troplong pour défendre cet étrange arrêt? Que l'emprunteur n'avait qu'une chose à prouver, à savoir que la cave lui avait été prêtée, ou, si l'on veut, qu'il en tenait du propriétaire la possession précaire. Or, en pareil cas, la preuve testimoniale était certainement admissible ; la possession d'un immeuble est une affaire de fait, c'est par la preuve testimoniale qu'on en démontre l'existence, la durée et les caractères ; rien n'est plus constant en jurisprudence. Troplong finit par dire que ceux qui ont critiqué la décision de la cour de Colmar n'ont pas fait attention à cette nuance de l'arrêt (1). Ce que Troplong appelle une nuance de l'arrêt est tout simplement une confusion des notions les plus élémentaires de droit, et, il faut le dire, l'auteur augmente encore la confusion qui règne dans l'arrêt ; il mêle et confond des choses et des situations qui n'ont aucun rapport entre elles. Sans doute, la possession est un fait qui se prouve par témoins ; mais quand et dans quelles circonstances? Quand il n'existe aucun lien de droit entre les parties lorsque, le possesseur invoque la possession pour y fonder la prescription contre le propriétaire qui revendique. Or, dans l'espèce, le possesseur soutenait que la cave lui avait été prêtée ; la possession de la cave n'était donc plus un simple fait, il s'agissait d'une tradition faite par suite d'un contrat, c'est donc le contrat qu'il fallait prouver ; cela décide la question, qui réellement n'en est pas une.

(1) Troplong, *Du prêt*, n° 68. Comparez Pont, t. 1, p. 13, n° 30.

SECTION I. — Des obligations de l'emprunteur.

§ Ier. *De l'usage de la chose.*

Nº 1. DE L'USAGE LÉGITIME.

463. Le commodat a pour objet l'usage de la chose; le prêteur la livre à l'emprunteur pour que celui-ci s'en serve; c'est son droit, mais ce droit est soumis à des restrictions. Aux termes de l'article 1880, l'emprunteur ne peut se servir de la chose qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention. L'article 1881 ajoute une seconde restriction : l'emprunteur ne peut pas employer la chose pour un temps plus long que celui qui est fixé par le contrat. Nous dirons plus loin quelle est l'époque à laquelle l'emprunteur doit restituer la chose.

464. Pothier ajoute une exception à la règle : « à moins que l'emprunteur n'ait un juste sujet de croire que le prêteur y consentirait s'il le savait. » Les auteurs du code, qui suivent leur guide pas à pas en cette matière, n'ont pas reproduit cette exception. C'est marquer assez clairement qu'ils n'ont pas voulu la consacrer. Et, au point de vue des principes, ils ont eu raison de la rejeter. Il ne peut pas y avoir de prêt sans consentement du prêteur, et il doit consentir à toutes les clauses, à toutes les modalités de la convention; or, le mode d'user de la chose et le temps pendant lequel l'emprunteur peut en user sont des éléments substantiels du contrat. De là suit que si le prêteur n'a pas consenti à l'usage que l'emprunteur veut faire de la chose, l'emprunteur est sans droit, puisqu'il est en dehors de la convention. Il est encore sans droit quand il veut prolonger l'usage de la chose au delà du temps pour lequel cet usage lui a été accordé. Vainement Pothier dit-il que l'emprunteur doit avoir un juste sujet de croire que le prêteur y consentirait s'il le savait. C'est là un consentement présumé; or, le consentement ne se présume pas; il peut être tacite, mais il faut pour cela qu'il y ait un fait qui implique nécessairement la volonté de consentir; or, Pothier ne suppose aucun fait; il n'y a donc aucun consentement, ni

tacite ni exprès; par conséquent il n'y a pas de convention, et l'emprunteur est sans droit.

L'exemple que Pothier donne confirme notre manière de voir : « Si quelqu'un m'a prêté à Orléans un cheval pour aller à Beaugency, je ne puis pas m'en servir pour aller plus loin. Mais si, étant arrivé à Beaugency, il m'est survenu une affaire qui m'oblige d'aller plus loin et *que je n'avais pas prévue* lorsque j'ai emprunté le cheval, et que les relations d'amitié que j'ai avec le prêteur et la connaissance que j'ai de son caractère obligeant me donnent lieu d'être persuadé qu'il ne m'aurait pas refusé son cheval pour aller jusqu'au lieu où cette affaire m'est survenue, je puis licitement m'en servir pour aller jusque-là ». Ainsi il s'agit de prolonger le prêt primitif, c'est une prorogation du contrat; cela suffit pour rejeter, en droit, l'opinion de Pothier. Un contrat ne peut être prorogé sans un concours de volontés; or, Pothier ne cite aucun fait d'où l'on puisse induire le consentement du prêteur, il n'invoque que des présomptions pour établir, non pas que le prêteur a consenti, mais qu'il aurait consenti s'il avait su que j'eusse besoin du cheval. C'est une de ces décisions d'équité comme on en trouve tant dans les traités de Pothier; on doit les rejeter quand elles sont contraires aux principes.

Les auteurs modernes sont divisés. Duranton critique l'opinion de Pothier, ainsi que Pont (1); Duvergier et Troplong l'approuvent, Troplong par de mauvaises raisons. Le code, dit-il, est le *siége de l'équité;* oui, quand il a parlé, mais non quand l'interprète fait dire à la loi ce qu'elle ne dit pas et ce que les principes condamnent. C'est, dit-on, la décision de Pomponius. Eh! que nous importe? Il faudrait prouver que Pomponius a raison. L'interprète, continue Troplong, peut apprécier l'intention des parties contractantes. Sans doute, mais il ne peut pas leur supposer un consentement qu'elles n'ont pas donné. Duvergier suppose que, dans *la commune intention* des parties, le terme fixé, le but indiqué du voyage n'avait

(1) Duranton, t. XVII, p. 582, nº 518. Pont, t. I, p. 33, nº 70.

rien de précis; dans ce cas, le juge peut admettre que le prêteur a consenti, parce qu'il est certain qu'il n'aurait pas hésité à donner son consentement (1). Ce n'est pas tout à fait l'hypothèse de Pothier; dans l'exemple qu'il donne, il n'y avait aucun doute sur l'intention des parties contractantes lors du contrat; le terme était arrêté, il est survenu à l'emprunteur une affaire nouvelle, imprévue, ce qui exclut tout consentement tacite, toute interprétation de volonté des parties contractantes.

La question qui divise les auteurs est très-importante; si l'usage de l'emprunteur est licite, il ne répond pas des cas fortuits; tandis qu'il en répond si l'usage est illicite. Nous reviendrons sur ce point.

465. « Si, pour user de la chose, l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne peut pas la répéter » (art. 1886). Il est naturel que le prêteur ne soit pas tenu des dépenses que l'emprunteur doit faire à raison de l'usage qu'il fait de la chose; le prêt est gratuit, il ne faut pas que le service que le prêteur rend à l'emprunteur le constitue en perte, en l'obligeant à des dépenses qui ne profitent qu'à l'emprunteur. Par exemple, dit Pothier, si je vous ai prêté mon cheval pour faire un voyage, vous êtes obligé de le nourrir et de l'entretenir de fers à vos dépens, cette dépense ordinaire étant une charge de la jouissance que vous en avez. Le principe est donc que l'emprunteur est tenu des impenses ordinaires, qui sont une charge naturelle du service que l'emprunteur tire de la chose prêtée (2). Nous dirons plus loin que le prêteur doit supporter les dépenses extraordinaires.

N° 2. DE L'USAGE ILLICITE.

466. L'usage que l'emprunteur fait de la chose est illégitime lorsqu'il emploie la chose à un autre usage que celui qui est déterminé par la nature ou par la convention, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait (articles 1880 et 1881). Quelles sont les conséquences qui en

(1) Troplong, *Du prêt*, n° 98. Duvergier, *Du prêt*, p. 83 et suiv., n° 84.
(2) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 81.

résultent? Le code les détermine; on ne peut donc pas en admettre d'autres que celles qui résultent du texte de la loi. Aux termes de l'article 1880, l'emprunteur ne peut se servir de la chose qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention, à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu. C'est l'application des principes généraux de droit : dès que le débiteur manque à ses engagements, il doit réparer le dommage que le créancier en éprouve. La loi dit : *s'il y a lieu;* cela veut dire si les conditions requises pour que les dommages-intérêts soient dus sont remplies. Il faut que l'inexécution des engagements soit imputable au débiteur, c'est-à-dire qu'il y ait faute; et l'inexécution doit avoir causé un dommage au créancier, car sans dommage il ne peut y avoir de dommages-intérêts. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur le principe, au titre des *Obligations*.

L'article 1880 ne parle pas, en termes exprès, du cas où l'emprunteur s'est servi de la chose pendant un temps plus long qu'il n'en avait le droit; mais l'article 1881, qui prévoit ce cas, le met sur la même ligne que l'emploi de la chose à un autre usage, et déclare en conséquence l'emprunteur responsable du cas fortuit. Pourquoi est-il tenu du cas fortuit? Parce qu'il est en faute; et dès qu'il est en faute, il doit les dommages intérêts, s'il y a lieu.

467. Si l'emprunteur manque à ses engagements sans causer un dommage au prêteur, celui-ci ne peut pas réclamer de dommages-intérêts. A-t-il le droit de demander la résolution du contrat? On enseigne l'affirmative (1). Nous avons décidé la question en sens contraire, au titre des *Obligations*. L'article 1184 n'établit la condition résolutoire tacite que dans les contrats synallagmatiques; or, le prêt est un contrat unilatéral; cela est décisif. On invoque l'équité, et l'intérêt du prêteur; si l'emprunteur se sert de la chose pour un usage autre que celui auquel elle était destinée, cet usage n'est pas sans inconvénient, quoiqu'il ne cause actuellement aucun dommage au prêteur : sera-t-il obligé d'attendre que le mal soit consommé

(1) Duvergier, *Du prêt*, p. 69, n° 54.

pour agir? Nous répondons que cette considération est à l'adresse du législateur, qui aurait dû en tenir compte, mais qui ne l'a point fait.

468. Dans l'ancien droit, on admettait que l'emprunteur était coupable de vol, lorsqu'il se servait de la chose prêtée à un autre usage que celui pour lequel il l'avait reçue. C'était la doctrine des jurisconsultes romains. Pothier la suit. « L'emprunteur, dit-il, ne fait pas, à la vérité, un vol de la chose même qui lui a été prêtée, mais il fait un vol de l'usage de cette chose, car le vol peut tomber sur l'usage de la chose comme sur la chose même (1). » Il n'en est plus de même dans notre droit moderne; le code pénal ne connaît pas le vol d'usage. On a prétendu qu'il y avait abus de confiance dans le cas où l'emprunteur vendait la chose prêtée. Certes il y a abus de confiance moral, mais légalement il n'y en a pas. La cour de cassation l'a jugé ainsi, chambres réunies (2). Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat, puisque notre code pénal (art. 491) a modifié, sous ce rapport, le code pénal de 1810 (art. 408), en étendant au prêt la définition de l'abus de confiance, qui ne s'appliquait qu'au dépôt; la morale doit s'applaudir de ce changement, car l'emprunteur qui reçoit un bienfait est encore plus coupable quand il manque à ses obligations que le dépositaire qui rend un service.

469. L'article 1881 porte : « Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée même par cas fortuit. » En principe, le débiteur n'est tenu du cas fortuit que lorsqu'il est en demeure (art. 1302); et il n'est en demeure qu'en vertu d'une sommation, en vertu de la convention ou en vertu de la loi. On demande si, dans les cas prévus par l'article 1881, le prêteur doit mettre l'emprunteur en demeure pour qu'il soit tenu du cas fortuit. Le texte répond à la question; il n'exige pas de mise en demeure. Si, en règle générale, la loi veut que le débiteur soit constitué en demeure, c'est que le simple retard que le débiteur met à remplir ses obligations ne

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 22.
(2) Rejet, 17 mars 1841 (Dalloz, au mot *Abus de confiance*, n° 38).

prouve pas qu'il en soit résulté un dommage pour le créancier. Or, dans les cas prévus par l'article 1881, il ne s'agit pas de retard; l'emprunteur viole ses engagements; il est en faute, par cela seul qu'il emploie la chose à un autre usage; cela est si vrai que, dans l'ancien droit, ce fait constituait un délit; s'il n'y a plus de délit criminel, il y a au moins un délit moral; et conçoit-on que l'on mette en demeure l'auteur d'un délit? Le voleur est de plein droit en demeure, il en doit être de même de l'emprunteur qui est en faute; les principes de la demeure ne sont pas applicables dans ce cas.

470. Duranton dit que l'emprunteur qui emploie la chose pour un temps plus long que celui pour lequel on la lui avait prêtée peut facilement être considéré comme ayant tacitement consenti à prendre sur lui les risques survenus pendant cet excédant d'usage (1). Il faudrait en dire autant de l'emprunteur qui emploie la chose à un autre usage (2). A notre avis, c'est dépasser la rigueur de la loi; elle ne dit pas que l'emprunteur qui fait un usage abusif de la chose est censé se charger des cas fortuits, elle dit seulement qu'il sera tenu de la perte arrivée, même par cas fortuit. La différence est grande entre le principe établi par l'article 1881 et le principe que Duranton lui substitue. Dans la théorie du code, l'emprunteur répond du cas fortuit parce qu'il est en faute; ce qui implique que, dans la pensée du législateur, le cas fortuit a été amené par la faute; de là suit que si l'emprunteur prouve que le cas fortuit est étranger à la faute, il n'y a pas lieu d'appliquer la responsabilité de l'article 1881. Si, au contraire, l'emprunteur se chargeait des cas fortuits par cela seul qu'il fait un usage abusif de la chose, il en faudrait conclure qu'il répond toujours du cas fortuit, parce qu'il en répondrait en vertu de son consentement. Comme il s'agit d'une peine, l'interprète ne peut pas dépasser la rigueur de la loi (3).

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 378, n° 950, donne les motifs pour et contre. Voyez les citations dans Pont, t. I, p. 38, n° 82.
(2) Duranton, t. XVII, p 586, n° 520.
(3) Duvergier, *Du prêt*, p. 84 et suiv., n° 64.

La question que nous venons de trancher est controversée. Il s'agit de savoir si l'emprunteur peut invoquer l'article 1302 qui, après avoir dit que le débiteur est tenu du cas fortuit quand il est en demeure, ajoute : « Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée. » Cette disposition reçoit-elle son application à l'emprunteur? Le texte, non; mais l'esprit, oui. Nous venons de dire que les principes de la demeure sont étrangers aux cas dans lesquels, suivant l'article 1881, l'emprunteur répond du cas fortuit. S'il en est ainsi, il faut en conclure que l'article 1302 doit être écarté du débat. Est-ce à dire que l'emprunteur réponde du cas fortuit, quand même il prouverait que la chose eût péri s'il n'en avait pas fait un usage illégitime? On peut invoquer en sa faveur le motif qui a dicté l'exception de l'article 1302. Quoique constitué en demeure, le débiteur ne cause aucun dommage au créancier s'il prouve que la perte n'est pas arrivée par suite de la demeure. On peut dire de même que l'emprunteur ne cause aucun dommage au prêteur s'il prouve que la perte n'est pas arrivée par sa faute. A cela on objecte que l'article 1881 est conçu en termes généraux qui excluent toute restriction. Nous répondons que la restriction résulte des principes généraux de droit. De quelque manière que l'on explique l'article 1881, il établit une sanction pour l'inexécution des obligations contractées par l'emprunteur; or, il est de principe que le débiteur ne doit que le dommage arrivé par sa faute; s'il prouve que le dommage que le créancier souffre n'est pas le résultat de sa faute, il cesse d'être responsable; or, nous supposons que l'emprunteur fournit la preuve que la perte de la chose est étrangère à l'inexécution de ses obligations; dès lors il ne doit pas en être tenu. Si l'article 1302 ne décide pas la question en faveur de l'emprunteur, on peut au moins l'invoquer par analogie. C'est l'opinion généralement enseignée (1).

(1) Duranton, t. XVII, p. 580, nº 520; Duvergier, p. 69, nº 64; Troplong,

N° 3. DE LA GARDE DE LA CHOSE.

471. Aux termes de l'article 1880, « l'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée. » Et l'article 1884 porte que « si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée, et sans *aucune faute* de la part de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration. Ces dispositions appliquent à l'emprunteur les principes qui régissent les obligations du débiteur. L'article 1137 établit la règle générale concernant la faute dont est tenu le débiteur : il doit veiller à la conservation de la chose avec tous les soins d'un bon père de famille. C'est ce que, dans le langage traditionnel, on appelle la responsabilité de la faute légère *in abstracto*. L'article 1880 reproduit la substance de l'article 1137, en disant que l'emprunteur doit veiller, *en bon père de famille*, à la garde et à la conservation de la chose. Il faut donc dire que l'emprunteur est tenu de la faute légère. Quand il n'y a pas de faute à lui reprocher, il ne peut pas être responsable : tel est le cas de l'article 1884. Le prêt a pour objet l'usage de la chose prêtée; se servir de la chose est donc un droit pour l'emprunteur; si l'usage ne peut se faire sans détériorer plus ou moins la chose, cette détérioration ne saurait rendre l'emprunteur responsable; car, en usant de la chose et en la détériorant, il n'a fait qu'exercer un droit, sans léser le droit du prêteur, attendu qu'il tient du prêteur le droit qu'il a exercé.

L'article 1880, interprété par l'article 1137, déroge au droit traditionnel. Pothier enseigne que l'emprunteur est tenu, non-seulement de la faute légère, mais de la faute la plus légère, en ce sens qu'il doit apporter à la conservation de la chose les soins qu'apportent à leurs affaires les personnes les plus soigneuses. La plupart des auteurs français reproduisent la doctrine de Pothier (1), par res-

n° 101; Mourlon. t. III, p. 377, n° 949. En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 596 note 2. § 392, et Pont, t. I, p. 35, n° 73.

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 48. Duranton, t. XVII, p. 586, n° 521. Duvergier, *Du prêt*, p 70, n°s 55 et 56.

pect pour la tradition sans doute; mais il y a quelque chose de plus respectable, c'est la loi; or, dans l'espèce, le code a dérogé bien certainement à l'ancienne jurisprudence. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à comparer ce que dit Pothier avec le texte de la loi. Pothier veut que l'emprunteur mette à la conservation de la chose *tout le soin possible,* c'est-à-dire, comme il l'explique, le soin qu'apportent à leurs affaires *les persomnes les plus soigneuses;* tandis que le code se contente des soins d'un *bon père de famille*. La différence entre le code et l'ancien droit tient à une différence de doctrine. Pothier dit que la responsabilité de l'emprunteur est une suite du principe qui régit la faute dans les contrats qui se font pour le *seul intérêt* de celui qui reçoit la chose; dans ce cas, dit-il, le débiteur est tenu de la faute la plus légère. Et que dit le code Napoléon? Que la responsabilité du débiteur, en ce qui concerne la conservation de la chose, est la même, *soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties,* soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune. Et quelle est cette responsabilité? Elle soumet le débiteur à apporter à la chose tous les soins d'un bon père de famille, c'est-à-dire qu'il est tenu de la faute légère (article 1137). Il y a lieu de s'étonner que les auteurs maintiennent le droit traditionnel, alors que le législateur y a formellement dérogé; cela ne témoigne pas pour le respect que les interprètes devraient avoir pour la loi.

Chose singulière! Les auteurs qui suivent l'opinion de Pothier ne restent pas même fidèles à la tradition, de sorte qu'ils s'écartent tout ensemble du code et du droit traditionnel. Duvergier s'en rapporte aux lumières et à la conscience du juge; d'après lui, la loi se borne à donner des conseils. Ce n'est pas là la doctrine de Pothier, et ce n'est pas celle du code. Ce qui est vrai, c'est que l'appréciation de la faute appartient au juge; il décide souverainement si l'emprunteur a apporté à la conservation de la chose les soins d'un bon père de famille. Mais cela n'empêche pas qu'il soit lié par la loi quant au principe; il n'exigera point, comme le faisait Pothier, que l'emprunteur apporte à la conservation de la chose les

soins des personnes les plus soigneuses, il se contentera des soins d'un bon père de famille.

472. L'emprunteur répond-il du cas fortuit? La négative est certaine, puisqu'elle est écrite dans le texte de la loi (art. 1148). Seulement il faut appliquer à l'emprunteur la règle générale de l'article 1302. Il est débiteur d'un corps certain et déterminé qu'il doit restituer. S'il ne le restitue pas, il ne suffit pas qu'il dise que la chose a péri par cas fortuit, il doit prouver le cas fortuit qu'il allègue pour se dispenser de remplir son obligation. Il y a plus; si ce cas fortuit n'est pas une force majeure indépendante de la volonté de l'homme, si c'est un accident qui d'ordinaire provient d'une faute, il ne suffira point que l'emprunteur établisse que la chose prêtée a péri, il faut qu'il prouve qu'elle a péri sans sa faute : tel est l'incendie. Nous renvoyons aux principes que nous avons exposés au titre des *Obligations* et au titre du *Louage*.

Pothier dit que cela n'est pas douteux et qu'il n'y a pas même de question. Il n'y a lieu à la question que lorsque le prêt a donné lieu à l'accident auquel, sans cela, la chose prêtée n'aurait pas été exposée. Vous m'avez prêté votre cheval pour faire un voyage; des voleurs qui m'attaquent l'ont tué ou emmené. On demande si, dans ce cas, l'emprunteur doit indemniser le prêteur de cette perte, bien que l'accident soit arrivé sans aucune faute de sa part? Les jurisconsultes romains et, à leur suite, Pothier décident que l'emprunteur n'est point responsable; la raison en est bien simple, c'est que le débiteur d'un corps certain qui a rempli l'obligation qui lui incombe de conserver la chose est libéré par le cas fortuit, dont il ne doit pas répondre, puisqu'il ne lui est pas imputable. Pothier ajoute un autre motif, qui est généralement reproduit, c'est que les choses sont aux risques de ceux à qui elles appartiennent; donc, dans l'espèce, la chose prêtée doit être aux risques du prêteur, qui demeure propriétaire de la chose. Nous avons souvent dit que la maxime *res perit domino* ne reçoit pas d'application quand la chose qui périt fait l'objet d'une obligation; il faut voir alors si celui qui possède la chose répond ou non de la perte. Nous

allons voir que l'emprunteur répond de la perte quand il y a une faute à lui reprocher ; il n'est donc pas exact de dire que la chose périt pour le prêteur parce qu'il est propriétaire ; dans les cas prévus par les articles 1881-1883, la chose périt pour l'emprunteur, quoiqu'il ne soit pas propriétaire ; elle ne périt pas pour le prêteur, bien qu'il soit propriétaire.

Les auteurs de droit naturel ont combattu la solution des lois romaines. Nous n'entrons pas dans cette discussion, qui n'est qu'un débat d'école. Il y a cependant une objection à laquelle il faut répondre, parce qu'elle touche à un principe de droit. Il n'est pas juste, dit-on, que le bienfait tourne contre le bienfaiteur et qu'il lui cause un préjudice ; on en conclut que les risques auxquels donne lieu le prêt, et que le prêteur n'aurait pas courus s'il n'avait pas prêté la chose, doivent être supportés par l'emprunteur qui reçoit un bienfait ; quant au prêteur, il ne doit rien souffrir du service qu'il rend. Pothier répond que le service rendu a été seulement l'occasion de la perte que souffre le prêteur ; le prêt n'est pas la cause du dommage qu'il éprouve, c'est le cas fortuit ; il faut donc voir si la justice permet de déclarer l'emprunteur responsable du cas fortuit ; or, tous les principes protestent contre une pareille doctrine. Pothier invoque encore la maxime que nous venons d'écarter : la chose prêtée, dit-il, ne cessant pas d'appartenir au prêteur, ne cesse pas d'être à ses risques. Il est plus exact de dire que l'emprunteur ayant rempli ses obligations, il serait de toute injustice de le rendre responsable d'un accident qui ne lui est pas imputable : il ne saurait y avoir de responsabilité là où il n'y a pas de faute.

C'est l'opinion générale (1), et la jurisprudence s'est prononcée dans le même sens. Un cultivateur prête à un autre trois chevaux et une charrette ; l'un des chevaux meurt pendant la durée du prêt ; il était constaté qu'il était atteint de la morve ; mais le prêteur soutint que l'emprunteur

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 55. Duranton, t. XVII, p. 584, n° 519, et tous les auteurs (voyez les citations dans Pont, t. I, p. 81, n° 68).

était responsable, parce qu'il n'avait point veillé, en bon père de famille, à la conservation des chevaux. La cour examine ces reproches en détail. Il n'est point justifié, dit-elle, que l'emprunteur ait employé les chevaux à d'autres travaux que ceux auxquels ils étaient habituellement occupés; que si les chevaux ont conduit des pierres sur la grande route, il n'y a en cela rien d'insolite, puisque pareils charrois se font journellement par les chevaux de fermiers. Le travail qu'on leur faisait faire n'était pas excessif, et l'emprunteur y employa ses propres chevaux aussitôt qu'il en eut acheté; l'emprunteur nourrissait, du reste, les chevaux empruntés comme il nourrissait les siens. On disait, pour le prêteur, que l'emprunteur avait fait coucher les chevaux dans les champs; la cour répond qu'il en était de même des chevaux appartenant à l'emprunteur, et que les habitants de la campagne sont dans l'usage d'en agir ainsi pendant la belle saison. Il est vrai que les chevaux empruntés avaient continué d'y coucher pendant les temps froids; ce fait était le seul qui, en apparence, fût une faute. La cour répond que l'emprunteur était excusable de n'avoir pas mis les chevaux dans son écurie, parce qu'ils étaient soupçonnés d'être atteints de la morve; les aubergistes avaient refusé de les recevoir par la crainte de la contagion; ce n'était donc pas une négligence que l'on pût imputer à l'emprunteur comme une faute (1).

473. La cour de Rennes, dans l'espèce que nous venons de rapporter, examine avec soin s'il y a une faute à reprocher à l'emprunteur dans le cas où la chose vient à périr. Tel est le vrai terrain du débat. Quand le code déclare l'emprunteur responsable de la perte de la chose, c'est parce qu'il est en faute. Nous avons dit plus haut qu'il en est ainsi quand l'emprunteur fait un usage illégitime de la chose (n^os^ 469 et 470). Il en est de même dans les cas où l'on peut reprocher à l'emprunteur de n'avoir point veillé à la conservation de la chose en bon père de famille. C'est en ces termes que Pothier pose le principe :

(1) Rennes, 3 décembre 1813 (Dalloz, au mot *Prêt*, n° 94).

« L'emprunteur est tenu de la perte ou détérioration de la chose, quoique arrivée par un accident de force majeure, lorsqu'il a, par sa faute, occasionné cet accident. » L'article 1882 prévoit deux cas dans lesquels l'emprunteur est déclaré en faute par la loi.

La chose prêtée périt par un cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre; il est tenu, dans ce cas, de la perte fortuite. Pour qu'il y ait lieu à cette responsabilité, il faut que l'emprunteur possède une chose dont il pouvait se servir; il en a néanmoins emprunté une; si les deux choses lui étaient nécessaires, deux chevaux par exemple, il n'est pas responsable quand il emploie celui qui lui a été prêté; mais s'il a employé l'un des chevaux seulement, et qu'il se soit servi du cheval emprunté, au lieu d'employer le sien, il est coupable d'une faute grave; c'est un usage illégitime, à vrai dire; car, quand on emprunte, c'est pour ses besoins, comme le disait le projet de code; cela suppose que l'emprunteur n'a pas de chose à lui appartenant dont il puisse se servir; s'il en a une, et, qu'au lieu de l'employer, il se serve de la chose empruntée, il abuse du prêt; il expose la chose, sans droit, au risque qui l'a fait périr; donc il doit répondre de la perte (1).

474. « Si l'emprunteur, ne pouvant conserver que l'une des choses, celle qu'il a empruntée ou celle qui lui appartient, a préféré la sienne : il est tenu de la perte de l'autre » (art. 1882). On suppose que les deux choses risquent de périr dans un accident, tel qu'un incendie, une inondation; l'emprunteur ne peut sauver les deux choses; il sauve la sienne et laisse périr la chose prêtée. La loi considère cette préférence comme une faute. Quelle en est la raison? Pothier dit, et la plupart des auteurs répètent, que c'est une conséquence de la faute dont l'emprunteur est responsable; il s'est obligé au soin le plus exact des choses qui lui ont été prêtées, dit Pothier; il est tenu de la faute la plus légère, dit Duranton (2). Cette explication

(1) Comparez Pothier, *Du prêt à usage*, n° 59. Pont, t. I, p. 41, n° 93.
(2) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 56. Duranton, t. XVII, p. 590, n° 526. Duvergier, *Du prêt*, p. 94.

est inadmissible sous l'empire du code civil, car elle met l'article 1882 en contradiction avec l'article 1880; la loi dit bien clairement, dans l'article 1880, que l'emprunteur n'est tenu que de la faute légère : comment le rendrait-elle responsable de la faute la plus légère dans l'article 1882? Duvergier a compris que l'explication est insuffisante; il dit, avec Barbeyrac, que la disposition est contraire aux principes. « Si le soin de notre propre bien ou de nos affaires se trouve en concurrence avec le soin du bien ou des affaires d'autrui, en sorte qu'on ne puisse point vaquer à l'un et à l'autre, il est naturel que le premier l'emporte, chacun pouvant, *toutes choses d'ailleurs égales,* penser à soi plutôt qu'aux autres. » Oui, *si toutes choses sont égales*; mais est-ce bien le cas dans lequel se trouve l'emprunteur qui laisse périr la chose empruntée et qui sauve la sienne? N'a-t-il pas un devoir de reconnaissance à remplir envers celui qui lui a rendu un service gratuit? Le plus simple sentiment de délicatesse ne doit-il pas le porter à préférer la chose prêtée à la sienne? Sa qualité d'emprunteur restreint le droit qu'il a comme propriétaire, il doit penser au bienfait reçu avant de penser à son intérêt; s'il préfère son intérêt, il commet une faute; ce n'est pas agir en bon père de famille, en prenant cette expression dans son sens moral; et ici on le doit, puisqu'il y a un bienfait en cause. Dira-t-on que c'est là une faute très-légère? Au point de vue de la délicatesse, c'est, au contraire, une faute lourde; et, dans l'espèce, le législateur a dû tenir compte de la délicatesse (1).

Il reste une difficulté. Pothier suppose que les choses qui appartenaient à l'emprunteur étaient plus précieuses que celles qui lui ont été prêtées : sera-t-il néanmoins responsable s'il sauve de préférence celles qui ont le plus de valeur? Pothier maintient la responsabilité par application du principe que l'emprunteur est tenu d'apporter à la conservation de la chose tout le soin possible, il n'est libéré que par le cas fortuit; or, y a-t-il force majeure quand l'emprunteur aurait pu sauver la chose empruntée

(1) Troplong traite cette question en d'excellents termes (nos 113-116).

et qu'il ne l'a pas fait? Cette décision nous paraît douteuse, d'après les principes du droit moderne. Le code ne connaît pas la faute la plus légère; il ne demande à l'emprunteur que les soins d'un bon père de famille; c'est déjà interpréter la loi très-sévèrement que de comprendre dans ces soins les devoirs de la délicatesse; n'est-ce pas les outrer que de rendre l'emprunteur responsable quand il sauve une chose précieuse qui lui appartient de préférence à la chose prêtée qui a une moindre valeur? Sans doute on admirerait ce sacrifice, mais cela même ne prouve-t-il pas que l'on est hors du droit commun? S'il faut tenir compte du sentiment en cette matière, il ne faut pas oublier néanmoins que la décision du juge doit être appuyée sur le droit; or, notre droit n'exige pas du débiteur les soins d'un père de famille idéal, il ne lui demande que les soins d'un bon père de famille. Ici la distinction des fautes a un intérêt particulier. La faute dont on prétend rendre l'emprunteur responsable serait une faute très-légère, et la loi ne le déclare responsable que de la faute légère (1).

475. « Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire » (art. 1883). On dit d'ordinaire que l'estimation vaut vente, et dans la vente les risques sont pour l'acheteur. L'article 1883 prouve, ce que du reste les principes enseignent, que la maxime qui assimile l'estimation à la vente est fausse si on la prend dans un sens absolu; il est évident que l'estimation donnée à la chose prêtée ne peut pas être une vente et transférer la propriété à l'emprunteur, puisqu'il est de l'essence du prêt à usage que le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée (art. 1877). L'estimation a donc un autre sens. Elle peut avoir pour objet d'évaluer les dommages-intérêts dont l'emprunteur est tenu dans le cas où la chose périrait par sa faute; elle peut aussi avoir pour objet de rendre l'emprunteur responsable du cas fortuit. Les auteurs du code ont préféré cette dernière interprétation, sauf

(1) Duranton, t. XVII, p. 591, n° 527. Duvergier, p. 97, n° 68. En sens contraire, Troplong, n° 117; Pont, t. I, p. 42, n° 95.

convention contraire. C'est l'interprétation des lois romaines; elle nous paraît un peu subtile. Si le prêteur, dit-on, livre la chose à l'emprunteur sur estimation, c'est qu'il entend que l'emprunteur soit tenu, à tout événement, de rendre ou la chose prêtée ou le prix; de sorte que dans les cas où l'emprunteur ne pourrait rendre la chose, parce qu'elle serait périe ou perdue par quelque cas fortuit, il serait tenu de rendre la somme à laquelle on l'a, pour cet effet, estimée (1). C'est une interprétation juridique, et les parties contractantes ne sont pas des jurisconsultes.

476. « Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur » (art. 1887). C'est encore la décision des lois romaines adoptée par Pothier et consacrée par le code. Ulpien suppose le prêt d'une voiture fait à deux personnes pour s'en servir à faire ensemble un voyage. Le jurisconsulte décide que le prêteur a une action solidaire contre chacun des emprunteurs; car, quoique chacun d'eux n'ait occupé que sa place dans la voiture, et ne se soit servi de la voiture que pour sa part, il n'en est pas moins vrai que le prêteur a entendu prêter sa voiture entière à chacun des emprunteurs; par conséquent, chacun est tenu à la restitution de la voiture (2). Cette responsabilité solidaire produit-elle les effets de la solidarité ordinaire? Nous renvoyons la question au titre des *Obligations*, où elle a été traitée (t. XVII, 313-317).

N° 4. DE LA RESTITUTION DE LA CHOSE PRÊTÉE.

477. L'article 1875, qui définit le prêt à usage, porte que l'emprunteur doit rendre la chose après s'en être servi. Quand la restitution doit-elle être faite? L'article 1888 répond que le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 62, d'après Ulpien.
(2) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 65.

empruntée. » Le terme met fin au contrat de plein droit en vertu de la volonté des parties contractantes. Pothier ajoute un tempérament d'équité. Si, dit-il, après l'expiration du terme, l'emprunteur avait besoin encore de quelques jours pour achever de se servir de la chose à l'usage pour lequel elle lui a été prêtée, et que le prêteur ne souffrît aucun préjudice du retard, le prêteur devrait lui laisser la chose. Il ajoute qu'alors même que le prêteur souffrirait quelque préjudice du retard, si celui que souffrirait l'emprunteur en rendant incontinent la chose empruntée était beaucoup plus grand, on devrait encore lui laisser la chose, à la charge par lui d'indemniser le prêteur du préjudice qu'il souffre de ce retard. Les devoirs de l'amitié, dit Pothier, qui ont porté le prêteur à faire le prêt exigent de lui cette condescendance. Ces tempéraments, dit-on, rentrent trop évidemment dans l'esprit du contrat, qui repose sur la bienveillance, pour qu'ils ne doivent pas encore être admis aujourd'hui (1). Sans doute, l'équité doit présider à l'interprétation d'un contrat dont l'humanité est le principe. Mais l'équité ne doit pas faire oublier le droit; et quand l'équité est en opposition avec le droit, c'est le droit qui doit l'emporter. Tel est bien le cas dans l'hypothèse de Pothier. Le prêt expire de plein droit avec le terme; il n'y a donc plus aucune convention entre les parties : de quel droit le juge imposerait-il au prêteur l'obligation de renouveler le prêt, car c'est bien d'une prorogation du prêt qu'il s'agit? Il y a plus; Pothier oblige l'emprunteur d'indemniser le prêteur du préjudice que lui cause le prêt prolongé au delà son terme. Ce n'est plus là un prêt, car l'emprunteur paye réellement l'usage de la chose; tandis que le commodat est essentiellement gratuit (art. 1876). Nous demandons de quel droit les juges créeraient un contrat tout différent entre les parties, malgré le prêteur, ce qu'il faut bien supposer? Peut-il y avoir une convention sans consentement? et le juge peut-il consentir pour les parties?

(1) Pothier, *Du prêt d'usage*, n° 28. Mourlon, t. III, p. 375, n^{os} 941 et 946. Pont, t. I, p. 50, n° 111. Duvergier, p. 131, n° 95.

478. Si la convention ne stipule pas de terme, il y a un terme tacite; la chose a été livrée à l'emprunteur pour qu'il s'en serve, et l'usage exige un certain temps. Quel est ce temps? Le code dit que le prêteur ne peut réclamer la chose qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée. Pothier est plus exact; il dit : le temps *nécessaire* à l'usage pour lequel la chose a été prêtée (1). L'emprunteur reçoit la chose à raison du besoin qu'il en éprouve; il faut donc qu'il en use de suite, afin de concilier son droit avec celui du prêteur. S'il y a conflit entre les parties sur le temps nécessaire, le juge fixera un terme. Le juge est encore appelé à intervenir quand l'usage n'est pas limité par sa nature; une cave, une remise, une chambre sont susceptibles d'un usage illimité; cependant il est certain que, dans l'intention des parties, l'usage doit avoir une limite; le juge la déterminera. Dans l'espèce jugée par la cour de Colmar que nous avons rapportée (n° 454), le prêteur avait promis de livrer un local, sans déterminer la durée de l'usage; la cour a jugé qu'il était impossible d'admettre que l'engagement fût indéfini, ni qu'il fût subordonné à la volonté de l'emprunteur; il était donc nécessaire de limiter la durée du prêt, eu égard à l'intention des parties et à la nature de l'engagement. La cour fixa la durée de la convention à deux années (2).

479. « Néanmoins si, pendant le délai ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre » (art. 1889). Il faut que le besoin du prêteur soit imprévu; s'il pouvait le prévoir lors du contrat, il devait en faire l'objet d'une stipulation expresse; en gardant le silence, il renonce au droit exceptionnel que lui donne l'article 1889. Il faut, en second lieu, que le besoin soit pressant, c'est-à-dire qu'il ne puisse pas être ajourné. Quand le besoin est-il pressant? C'est une question de fait que le juge décidera. Alors même que le besoin serait

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 24.
(2) Colmar, 8 mai 1845 (Dalloz, 1846, 2, 219).

imprévu et pressant, le juge n'est pas obligé d'ordonner la restitution ; la loi lui donne un pouvoir discrétionnaire : il peut, *suivant les circonstances*, obliger l'emprunteur à rendre la chose. Cela implique que le juge doit aussi prendre en considération le droit de l'emprunteur. La disposition de l'article 1889 déroge à son droit : toute convention tient lieu de loi aux parties et au juge ; il faut le concours de volontés pour rompre les contrats(art. 1134). D'après ce principe, qui est fondamental, l'emprunteur aurait le droit de garder la chose jusqu'à l'expiration du terme exprès ou tacite pour lequel elle lui a été prêtée ; la loi ne donne pas au prêteur le droit de rompre le contrat, elle lui permet seulement de demander que la chose lui soit rendue ; c'est le juge qui décide en tenant compte du droit de l'emprunteur et des intérêts du prêteur.

Le droit est évidemment pour l'emprunteur. On lit dans l'Exposé des motifs que la loi présume, lorsqu'il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu, la *condition tacite* de pouvoir résoudre le commodat et de demander que la chose lui soit rendue (1). Cela n'est pas tout à fait exact. Si la loi sous-entendait une condition résolutoire, le prêteur aurait le droit d'exiger la restitution, et le juge devrait la prononcer lorsque réellement le besoin du prêteur est pressant et imprévu. L'article 1889 ne s'exprime pas ainsi ; il ne parle pas d'un droit de l'emprunteur, il donne au juge un pouvoir discrétionnaire. Sous ce rapport encore, la loi est exceptionnelle ; l'orateur du gouvernement lui-même rappelle le célèbre aphorisme de Bacon : *Optima lex quæ minimum relinquit arbitrio judicis*. C'est, en définitive, une disposition d'équité, et l'équité même en est très-contestable. La loi permet-elle au donateur de revenir sur sa donation s'il éprouve un besoin imprévu et pressant de la chose donnée? Elle ne l'autorise pas même à demander la révocation de la donation quand il tombe dans la misère. Pourquoi en est-il autrement en matière de prêt, qui est aussi une libéralité (2)?

(1) Galli, Exposé des motifs, n° 6 (Locré, t. VII, p. 276), suivi par Pont, t. I, p. 53, n^os^ 117 et 118. Comparez Pothier, *Prêt à usage*, n° 25.
(2) Duranton, t. XVII, p. 602, n° 545.

480. L'emprunteur jouit-il du droit de rétention? C'est-à-dire peut-il retenir la chose si le prêteur est son débiteur, à raison du prêt, par exemple du chef de dépenses extraordinaires qu'il aurait faites? Le code ne s'exprime pas d'une manière positive sur ce point; il dit que « l'emprunteur ne peut pas retenir la chose par *compensation* de ce que le prêteur lui doit » (art. 1885). Si la loi entend parler de la compensation proprement dite, la disposition est inutile, car l'article 1293 avait déjà dit que la compensation n'a pas lieu dans le cas de la demande en restitution du prêt à usage. L'article 1885 entend-il parler du droit de rétention (1)? Alors l'expression de *compensation* est inexacte. Il faut donc laisser le texte de côté pour décider la question d'après les principes. A notre avis, l'emprunteur n'a pas le droit de rétention, parce que la loi ne le lui donne point. Quand elle veut accorder ce droit, elle le dit. Ainsi, d'après l'article 1948, « le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier payement de ce qui lui est dû à raison du dépôt. » On peut induire du silence du code, au titre du *Prêt*, que l'intention du législateur n'a pas été d'accorder à l'emprunteur le droit qu'il donne au dépositaire. Il est vrai que le silence de la loi est, en général, un mauvais argument. Mais il est décisif quand il s'agit d'une matière exceptionnelle; or, le droit de rétention est un droit exceptionnel, au moins quand il s'agit de contrats unilatéraux; nous reviendrons sur ce point au titre des *Priviléges*. La différence qui en résulte entre l'emprunteur et le dépositaire s'explique du reste : l'un reçoit un service, tandis que l'autre en rend un; la position du dépositaire est donc plus favorable que celle de l'emprunteur. Remarquons encore que l'emprunteur ne pourrait réclamer le droit de rétention qu'à raison de la créance qu'il a contre le prêteur pour avoir conservé la chose; or la loi a veillé à ses intérêts en lui accordant un privilége pour le garantir de sa créance; nous y reviendrons, au titre des *Hypothèques* (art. 2102, n° 4, et loi hyp., art. 20, 4°). Le dépositaire jouit de la même garan-

(1) C'est l'opinion de M. Pont, t. I, p. 45, n° 101.

tie quand il a fait des dépenses de conservation ; mais ses droits sont plus étendus, comme nous le dirons au titre du *Dépôt*, et il mérite plus de faveur ; le privilége ne suffirait donc pas pour assurer ses droits ; voilà pourquoi la loi lui accorde le droit de rétention que le texte ne donne pas à l'emprunteur (1).

SECTION III. — Des obligations du prêteur.

481. Le prêteur a-t-il des obligations? Cette question, très-controversée pour le prêt de consommation, ne l'est guère pour le prêt à usage. Nous y avons déjà répondu (n° 456). Le prêt est un contrat unilatéral. Cependant le code contient une section intitulée *Des engagements de celui qui prête à usage*. Mais les obligations dont il y est parlé, ou ne sont pas des engagements proprement dits, ou ce sont des obligations qui ne naissent point du prêt. Ainsi l'article 1888 dispose que le prêteur ne peut retirer la chose prêtée avant l'expiration du terme exprès ou tacite pour lequel le prêt a été consenti. Ce n'est pas là une obligation du prêteur, comme nous en avons déjà fait la remarque (n° 456). Cela est si vrai que l'ordre logique des idées nous a conduit à en traiter dans la section intitulée *Des engagements du prêteur*. A vrai dire, la seule obligation qui naisse du prêt, c'est celle de restituer la chose prêtée ; il n'y a donc que l'emprunteur qui soit obligé.

482. « Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser » (art. 1890). Est-ce une obligation qui naît du prêt? Non, puisque ce n'est que pendant le cours du prêt que l'emprunteur se trouve dans la nécessité de faire des dépenses de conservation. Il en résulte que le contrat devient, par accident, un contrat synallagmatique imparfait ; mauvaise dénomination, puisqu'elle fait

(1) Voyez, en sens divers, Pont, t. I, p. 46, n° 103, et les auteurs qu'il cite.

supposer qu'il se forme un contrat bilatéral, ce qui n'est pas, car l'engagement du prêteur ne naît pas du contrat. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations*.

Quand le prêteur est-il tenu des dépenses faites par l'emprunteur? Il faut d'abord qu'elles soient nécessaires; la loi explique ce que l'on entend par là, ce sont les dépenses que l'emprunteur est obligé de faire pour la conservation de la chose. Il y est obligé, en ce sens qu'il est tenu de veiller en bon père de famille à la conservation de la chose prêtée (art. 1880); or, un bon père de famille ne laisse pas périr les choses qui lui appartiennent, il fait les dépenses nécessaires à sa conservation; l'emprunteur est donc aussi obligé à les faire. Toutefois il ne suffit pas que la conservation de la chose exige une dépense pour que l'emprunteur ait le droit de la faire pour le compte du prêteur; quand il y a une dépense nécessaire à faire, il doit en avertir le propriétaire, c'est le maître qui décidera si la dépense sera faite; il se pourrait, en effet, qu'il ne voulût pas supporter cette dépense, parce que pour lui la dépense serait plus forte que l'utilité qu'il en retirerait; et l'emprunteur ne peut pas imposer au prêteur des sacrifices que celui-ci ne veut pas faire. Il n'y a d'exception que si la dépense est tellement urgente que l'emprunteur n'a pas eu le temps de prévenir le prêteur; dans ce cas, l'emprunteur est obligé d'agir lui-même, à moins de laisser périr la chose; or, il n'a pas le droit de la laisser périr, le propriétaire seul a ce droit. Y a-t-il urgence? C'est une question de fait que le juge décidera d'après les circonstances de la cause. C'est à l'emprunteur qui est demandeur, d'en faire la preuve.

483. L'article 1891 impose au prêteur l'obligation de garantie, à raison des défauts cachés de la chose; il est ainsi conçu : « Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur. » Est-ce là une obligation naissant du contrat de prêt? Le prêteur connaît les vices de la chose, et il sait que ces défauts pourront causer un dom-

mage à l'emprunteur; s'il n'en avertit pas celui-ci, il se rend coupable de dol; or, toute personne répond des suites de son dol, alors même qu'elle serait incapable de s'obliger ; ainsi le mineur non émancipé peut demander la rescision des obligations qu'il contracte s'il a été lésé, mais il n'est pas restituable contre son dol (art. 1310). On ne peut pas dire que l'obligation naissant du dol soit un engagement que le prêteur contracte par le prêt, sinon tous les contrats unilatéraux seraient des contrats bilatéraux, et il n'y aurait pas de contrat unilatéral.

Quand le prêteur est-il tenu de la garantie des défauts de la chose? Son obligation est moins étroite que celle du vendeur. Celui-ci doit la garantie en vertu du contrat (art. 1603); tandis que le prêteur qui fait une libéralité n'est pas tenu, en principe, de la garantie. S'il y est obligé, c'est par suite de son dol. Or, pour qu'il y ait dol, il faut la réunion des circonstances déterminées par l'article 1891. Le prêteur doit connaître les défauts de la chose ; s'il les ignore, il n'y a plus de dol, quoiqu'il puisse y avoir faute; mais la faute ne suffit point pour engager la responsabilité du prêteur, il n'y a que le débiteur qui soit tenu de sa faute ; or, le prêteur n'est pas débiteur. Si le prêteur avertit l'emprunteur des vices qui infectent la chose, il agit de bonne foi, partant il n'est point responsable ; mais si, les connaissant, il n'en avertit pas l'emprunteur, il y a faute grave qui est assimilée au dol.

Que faut-il décider si les défauts sont apparents, de manière que l'emprunteur a pu s'en convaincre? Le vendeur n'est pas tenu de ces vices (art. 1642); à plus forte raison le prêteur n'en répond-il pas ; car le vendeur doit la garantie par la nature de la vente, tandis que le prêteur ne la doit point. On peut invoquer, à l'appui de cette décision, le texte de l'article 1891. Le prêteur n'est pas responsable quand il avertit l'emprunteur des défauts dont la chose est entachée; or, les vices apparents sont un avertissement, pourvu que, comme nous l'avons dit, l'emprunteur ait pu s'en convaincre lui-même ; il est averti, du moins le prêteur a un juste sujet de le croire averti ; dès lors on ne peut pas lui reprocher la mauvaise foi, et

ce n'est qu'à raison de sa mauvaise foi qu'il est responsable.

La cour de Limoges l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante (1). A l'exposition du Centre ouverte à Limoges en 1858, un peintre exposa un tableau, lequel lui fut renvoyé avarié. De là une action en dommages-intérêts contre la ville, qui avait fourni le local. Pour apprécier cette demande, il fallait, avant tout, déterminer la nature du contrat qui était intervenu entre la ville et les exposants et le degré de responsabilité qui en résultait. Or, en vertu du règlement, les places étaient fournies gratuitement, les frais particuliers d'installation demeuraient seuls à la charge des exposants. En fournissant gratuitement, sous certaines conditions, pour un usage et un temps déterminés un local et des bâtiments appropriés à leur destination provisoire, la ville de Limoges formait avec chaque exposant un véritable contrat de commodat. De là suit qu'elle n'était tenue que des seuls engagements de celui qui prête à usage. La conséquence était importante pour la ville, car il y avait lieu de lui appliquer l'article 1891 : elle ne répondait du dommage causé aux exposants que si ce dommage résultait soit de son fait personnel, soit des défauts de la chose prêtée, si, les connaissant, elle n'en avait pas averti l'emprunteur. Or, les dégradations qu'avait subies le tableau avaient été causées, non par le fait de la ville de Limoges ou de ses préposés, mais par la chute d'un vitrage, dont les débris avaient percé la toile en quelques endroits; il était établi, par les documents de la cause, que cet accident avait été occasionné par un violent coup de vent au milieu d'une bourrasque. On disait, pour le demandeur, qu'un bâtiment plus solide aurait été capable de résister à la tempête; et on en induisait que la chute du vitrage avait été le résultat d'un défaut de solidité et d'un vice de construction. La cour répond qu'en admettant que les faits fussent établis, il n'en résultait aucune faute à la charge de la ville ; car les exposants avaient accepté, en connaissance de cause, à titre de

(1) Limoges, 12 novembre 1859 (Dalloz, 1860, 2, 51). Pont, *Des petits contrats*, t. I, p. 58, nº 130.

commodat, un bâtiment dont les vices de construction, en supposant qu'ils existassent, étaient, en tout cas, assez apparents pour ne pas échapper à leur examen. C'est précisément pour se soustraire à la responsabilité que l'on prétendait lui imposer que le maire de Limoges avait rendu un arrêté par lequel, en faisant savoir aux exposants qu'il serait pris toutes les mesures nécessaires pour préserver les objets exposés de toutes chances d'avaries, il ajoutait que si, malgré ces précautions, un sinistre venait à se déclarer, les dégâts et dommages qui pourraient en résulter seraient à la charge des exposants. Cet arrêté, conforme au règlement de l'exposition universelle de 1855, avait été porté à la connaissance de tous par les diverses voies de la publicité; la cour en conclut que l'arrêté était devenu par là partie intégrante du contrat, et qu'il avait formé la loi des parties. Ce dernier point est le seul qui soit contestable; il ne suffit pas qu'un arrêté municipal soit publié par la voie des journaux pour que les dispositions qu'il contient deviennent la loi des parties contractantes; il faudrait prouver que les exposants les connaissaient, ce qui, pour le plus grand nombre, est au moins douteux. Mais ce motif était inutile pour justifier l'arrêt. Le prêteur ne répond pas du cas fortuit, et, dans l'espèce, il était constaté qu'il n'y avait aucune faute à lui reprocher; cela était décisif.

484. Le code ne parle pas des droits du prêteur ni des actions qui lui appartiennent. Quant à ses droits, ils résultent des obligations de l'emprunteur, puisque toute obligation implique un droit. Le prêteur a deux actions. D'abord l'action naissant du prêt : c'est une action personnelle qui a pour cause l'obligation contractée par l'emprunteur de restituer la chose prêtée. Il a encore l'action en revendication qui naît du droit de propriété; en supposant qu'il soit propriétaire, il conserve tous les droits que la propriété confère (art. 1877); il peut donc revendiquer la chose prêtée soit contre le prêteur, soit contre tout tiers.

Les deux actions diffèrent grandement, d'abord par leur nature : l'une étant personnelle ne peut être formée

que contre l'emprunteur et ses héritiers : l'autre, réelle, se forme contre tout détenteur de la chose, si celle-ci est immobilière ; si elle est mobilière, le propriétaire a bien l'action en revendication, mais le possesseur de bonne foi peut la repousser par l'exception que lui donne l'article 2279, aux termes duquel, en fait de meubles, la possession vaut titre, sauf quand la chose est perdue ou volée. Nous reviendrons sur ce principe, au titre de la *Prescription*.

L'action du prêt diffère encore de l'action en revendication, par les preuves qui incombent au demandeur. Si l'emprunteur agit en vertu du contrat, il n'a qu'une chose à prouver, l'existence du contrat. Cette preuve, très-facile quand les parties ont dressé un écrit, peut devenir impossible quand il n'y a pas d'écrit. Le prêteur pourra alors agir en revendication, en prouvant son droit de propriété, preuve souvent très-difficile, comme nous l'avons dit en traitant de l'action en revendication, au titre de la *Propriété*.

La durée de l'action diffère également. Celle qui naît du contrat de prêt est une action personnelle soumise à la prescription générale de trente ans (art. 2262). Quant à l'action en revendication, il faut distinguer : si elle est intentée contre un tiers, elle dure aussi trente ans, sauf au détenteur à opposer la prescription de dix ans ou la prescription instantanée que l'on admet dans le cas de l'article 2279. Lorsque le prêteur agit en revendication contre l'emprunteur ou ses successeurs universels, l'action est imprescriptible dans l'opinion commune, car l'emprunteur ne peut pas prescrire, puisqu'il possède en vertu d'un titre précaire. Nous reviendrons sur la question, au titre de la *Prescription* (1).

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 381, n° 960.

CHAPITRE III.

DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT.

SECTION I. — De la nature et des conditions du prêt de consommation.

485. L'article 1892 définit le prêt de consommation en ces termes : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité. » A s'en tenir à la définition, le prêt de consommation est un contrat unilatéral, de même que le prêt à usage, car le prêteur ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur, celui-ci seul s'oblige à rendre des choses de même espèce et qualité. Cependant la question est très-controversée. Au fond, elle est la même pour le prêt de consommation et pour le prêt à usage ; les deux prêts ont toujours été considérés comme des contrats unilatéraux. Le code civil a-t-il changé la nature traditionnelle du prêt de consommation? On peut hardiment répondre que cela n'est pas, parce que cela est impossible ; le code aurait beau qualifier de bilatéral un contrat dans lequel l'une des parties ne s'oblige point, ce contrat n'en serait pas moins unilatéral, le législateur ne pouvant pas changer l'essence des choses. Il est arrivé aux auteurs du code de remplacer le mot *contrat* qui se trouvait dans le projet de l'article 894 : est-ce à dire que la donation n'est pas un contrat? La donation est un contrat, quoi qu'en dise le législateur. De même le prêt de consommation est un contrat unilatéral, quoique notre chapitre contienne une section intitulée *Des obligations du prêteur*. Nous dirons plus loin que ces prétendues

obligations ne naissent pas du prêt et ne donnent pas à ce contrat le caractère d'une convention synallagmatique.

Ce qui complique la question et la rend au moins controversable, c'est que le conseil d'Etat s'est prononcé pour l'opinion contraire. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely fit observer que la section II était intitulée *Des obligations du prêteur*, et que cependant Pothier enseignait que le prêt n'impose des obligations qu'à l'emprunteur. Berlier, excellent esprit, trouva l'observation juste; il proposa en conséquence de supprimer la section, les articles 1900 et 1901 n'imposant aucune obligation au prêteur, et de placer ailleurs l'article 1898. Tronchet combattit cette proposition. Avouer, dit-il, que l'article 1898 doit être conservé, c'est reconnaître que le prêt impose des obligations au prêteur. Et ce n'est pas là l'unique engagement auquel ce contrat le soumet, puisque l'article 1899 ne lui permet pas de retirer la chose prêtée avant le terme convenu. Sur ce dernier point, Tronchet était dans l'erreur. Il est certain que ce n'est pas là une obligation; nous renvoyons à ce qui a été dit sur le commodat, le principe est identique pour le prêt (n^os^ 456 et 481). Quant à l'article 1898, il rend le prêteur responsable de son dol; l'article 1891 impose la même responsabilité au prêteur dans le commodat, et il faut ajouter que tout débiteur répond de son dol, de sorte que tous les contrats seraient bilatéraux.

Nous reprenons la discussion du conseil d'Etat. Jollivet ajouta que les articles 1900 et 1901 ne faisaient que développer les articles 1899 et 1900, qu'ainsi tous les articles de la section se rapportaient aux engagements du prêteur. Or, les articles 1900 et 1901 concernent l'obligation de restitution de l'emprunteur : ainsi l'obligation de l'emprunteur devient une obligation du prêteur!

Enfin vient Cambacérès. Le consul aimait à donner raison à tout le monde. Il reconnaît avec Pothier que le contrat de prêt est unilatéral et ne soumet directement le preneur à aucune obligation. Néanmoins, dit-il, comme ce contrat doit être exécuté de bonne foi, il en résulte que l'on peut parler des obligations du prêteur. Que pen-

sait, en définitive, le conseil(1)? Nous n'en savons rien. De ce que le contrat de prêt doit être exécuté de bonne foi, faut-il conclure que c'est une convention synallagmatique? Cela n'est pas sérieux. Le conseil oubliait l'article 1134, aux termes duquel toutes conventions doivent être exécutées de bonne foi, donc tous les contrats seraient bilatéraux.

Le conseil d'Etat décida que la section II serait maintenue; donc légalement le prêteur a des obligations, et légalement le prêt est un contrat bilatéral. C'est la conséquence logique de la décision du conseil. Et cependant, il est impossible de l'admettre. L'essence des choses l'emporte sur les erreurs du législateur (2).

486. Le prêt est-il un contrat réel? Voilà encore une question que l'on est étonné de voir posée, et l'on est encore plus étonné de la voir résolue négativement, au moins dans un certain cas. Ici, ce n'est pas le législateur qui est coupable, ce sont les interprètes qui s'écartent de la loi. L'article 1892 est formel; pour qu'il y ait prêt de consommation, il faut que l'une des parties *livre* à l'autre une certaine quantité de choses; donc le contrat ne se parfait que par la livraison; par conséquent, tant que le prêteur n'a pas fait la délivrance de la chose, il n'y a point de prêt de consommation. Ce n'est pas que la promesse de prêter soit nulle, mais la promesse de prêter n'est pas un prêt; elle oblige celui qui prêtera, elle n'oblige pas celui qui empruntera, parce qu'il ne peut pas être obligé de restituer ce qu'il n'a pas encore reçu et ce qu'il ne recevra peut-être pas.

Sous ce rapport il y a identité entre le prêt de consommation et le prêt à usage. Le code marque cette identité en se servant de la même expression; il n'y a de prêt à usage que lorsque le prêteur *livre* à l'emprunteur une chose pour s'en servir; la promesse de prêter est valable, mais elle ne constitue pas un prêt. Il faut donc la tradi-

(1) Séance du conseil d'Etat du 7 pluviôse an XII, n° 15 (Locré, t. VII, p. 269).

(2) C'est l'avis de tous les auteurs (Pont, t. I, p. 75, n° 170), sauf le dissentiment de Duvergier, p. 227, n^{os} 192-197, et d'Aubry et Rau, t. IV, p. 598, note 1, § 394 (4^{e} édition).

tion de la chose pour qu'il y ait un prêt, soit à usage, soit de consommation. Mais il y a une différence importante quant aux effets de la tradition, et c'est cette différence qui a donné lieu à difficulté. Dans le commodat, le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée (art. 1877), l'emprunteur n'a que la détention, qui lui est nécessaire pour se servir de la chose. Il en est tout autrement dans le prêt de consommation : par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée (art. 1893). La question est de savoir s'il le devient seulement par la tradition que le prêteur lui fait de la chose. Il n'y a aucun doute quand le prêt a pour objet des choses indéterminées ; la propriété de ces choses ne se transfère pas par la convention, elle n'est transférée que lorsque les choses sont déterminées, ce qui se fait régulièrement lors de la tradition : la tradition joue donc le même rôle dans la translation de la propriété et dans le prêt ; la propriété n'est transférée que lorsque la tradition a déterminé les choses, et le prêt ne se parfait que par la tradition ; de sorte qu'au moment où la tradition se fait, il y a tout ensemble prêt et translation de la propriété.

En est-il de même quand le prêt a pour objet des choses déterminées, par exemple la pièce de vin qui se trouve dans ma cave, le grain qui est dans mon grenier? Ici il y a controverse, et en apparence il y a conflit entre deux principes. D'après l'article 1893, l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée ; à partir de quel moment le devient-il? L'article 1892 répond qu'il n'y a de prêt que lorsque la chose est *livrée,* donc ce n'est qu'à partir de la tradition que l'emprunteur devient propriétaire. La raison est d'accord avec les textes : il est impossible que l'emprunteur devienne propriétaire en vertu du prêt, tant qu'il n'y a pas de prêt, car il ne devient propriétaire qu'à titre d'emprunteur, et il n'est emprunteur que lorsque le prêt existe, c'est-à-dire lorsque la chose qui fait l'objet du prêt lui est livrée.

Cela est d'évidence tant que l'on s'en tient aux principes qui régissent le prêt. Mais comment concilier les articles 1892 et 1893 avec l'article 1138? D'après cet

article, l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, et elle rend le créancier propriétaire de la chose dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite. Cette disposition, dit un excellent jurisconsulte, s'applique au prêt de consommation. En effet, le prêteur s'oblige à livrer, dans la vue de rendre l'emprunteur propriétaire de la chose, il y a donc obligation de livrer; cette obligation se parfait par le seul consentement des parties contractantes; donc l'emprunteur devient propriétaire dès l'instant où il y a concours de consentement, la tradition n'est pas nécessaire. S'il en est ainsi, il faut dire que le prêt n'est pas un contrat réel, quand il a pour objet des choses déterminées, car il existe, et la propriété est transférée à l'emprunteur avant toute tradition, dès l'instant où il y a engagement, promesse de prêter. Par conséquent on doit dire du prêt ce que la loi et les principes disent de la vente : le prêt se parfait par le consentement, et la promesse de prêt vaut prêt (1).

La plupart des auteurs se sont prononcés contre cette interprétation. Elle est en opposition avec les textes, ce qui suffit pour la repousser. D'après l'article 1892, la livraison ou la tradition est une condition essentielle pour qu'il y ait prêt; la loi ne distingue pas si le prêt a pour objet des choses déterminées ou des choses indéterminées : on ne conçoit de prêt que lorsqu'il y a tradition. Quel est l'objet de ce contrat? Les choses sont livrées à l'emprunteur pour qu'il les consomme; or, peut-il consommer des choses qu'il ne possède pas? Cela est impossible. Quelle est l'obligation de l'emprunteur? Il doit rendre les choses qu'il a reçues en même quantité, espèce et qualité. Comment rendrait-il ce qu'il n'a pas reçu? Encore une impossibilité. On objecte le principe de l'article 1138 : nous répondons que le texte même de cette disposition prouve qu'elle n'est pas applicable aux contrats réels. L'article 1138 dit que l'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire. Cela suppose un contrat par le-

(1) Duvergier, p. 176 et suiv., nº 146. Mourlon, t. III, p. 382, nº 961.

quel le débiteur s'engage à transférer la propriété ; tels sont la vente, l'échange, la société, tous contrats consensuels. Ces contrats sont parfaits par le seul consentement ; les auteurs du code en ont conclu que le concours de consentement devait aussi suffire pour la translation de la propriété, tel étant l'objet du contrat. Il n'en est pas de même des contrats réels ; ces contrats ne se parfont pas par le seul consentement, on ne conçoit pas de prêt, ni de dépôt, ni de gage, tant qu'il n'y a pas de chose livrée à l'emprunteur, au dépositaire, au créancier gagiste. Il y a un de ces contrats dans lesquels le débiteur devient propriétaire, le prêt de consommation. Est-ce à dire que, dans ce cas, l'emprunteur devient propriétaire par le seul concours de consentement, en vertu du principe de l'article 1138? Cela est impossible. En effet, l'article 1138 suppose que le contrat est formé ; la question qu'il décide est celle de savoir si le contrat, étant parfait par le consentement, transférera la propriété de la chose par l'effet de ce consentement. Donc il ne peut recevoir d'application au prêt ; car le prêt ne se parfait pas par le consentement ; il faut que la chose soit livrée. Donc la livraison joue un rôle nécessaire dans le prêt, il n'existe que par la tradition, et dès qu'il existe, la propriété est transférée à l'emprunteur ; la propriété ne peut donc lui être transférée que par la tradition. Cette différence entre les contrats réels et les contrats consensuels est aussi fondée en raison. L'objet de la vente est de transférer la propriété à l'acheteur ; ce but est atteint par la perfection du contrat, sans tradition aucune ; en effet, dès l'instant où le concours de consentement existe, l'acheteur est propriétaire, il peut disposer de la chose, les fruits lui appartiennent. En est-il de même du prêt de consommation? Non, certes. L'objet du contrat, c'est l'usage de la chose, la translation de la propriété que le prêt implique est seulement un moyen de permettre à l'emprunteur d'user des choses consomptibles qui font l'objet du contrat. Or, comment l'emprunteur userait-il de la chose, comment la consommerait-il, tant qu'elle ne lui est pas livrée? Le contrat est donc réel de son essence ; le législateur aurait beau le

déclarer personnel, il est impuissant à changer la nature des choses; il ne peut pas faire qu'il y ait un prêt tant qu'il n'y a point de chose prêtée, c'est-à-dire remise à l'emprunteur à titre de prêt (1).

487. La question de théorie que nous discutons est importante par ses conséquences. Si la propriété des choses prêtées, quand elles sont déterminées, est transférée à l'emprunteur par le seul consentement des parties, il en résulte que les choses sont aussi à ses risques; car le même article qui établit le principe que par l'effet du prêt l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée, ajoute : et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que la perte arrive (art. 1893). De là suivrait que l'emprunteur devrait restituer des choses de même quantité, espèce et qualité, sans avoir jamais reçu celles que le prêteur lui avait promises. Cela est contraire aux principes aussi bien qu'à la raison et au bon sens. Que dit l'article 1893? L'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée, par l'*effet du prêt;* donc la propriété ne lui est transmise que lorsqu'il y a prêt, car le prêt ne saurait produire d'effet tant qu'il n'existe point. Et c'est quand la chose lui a été livrée et qu'il en a pu user, qu'il supporte les risques. Voilà ce que dit la loi; et la raison et le bon sens nous disent que l'emprunteur ne peut pas être tenu de rendre au prêteur des choses dont il n'a jamais pu user, parce qu'elles sont restées dans les mains du prêteur.

La conséquence que nous déduisons du principe confirme le principe, de même que la conséquence qui découle de l'opinion contraire témoigne contre cette opinion. On objecte qu'il en est de même dans la vente. L'acheteur supporte le risque, bien que la chose vendue ne lui ait pas été livrée; si cela est conforme aux principes et à l'équité, pourquoi n'en serait-il pas de même de l'emprunteur? Nous avons répondu d'avance à l'objection. La vente a produit tout son effet quand la chose vendue vient à périr

(1) Duranton, t. XVII, p. 556, n° 614. Troplong, n° 184. Pont, t. I, p. 63, n° 136, et p. 64, n° 138.

par cas fortuit avant la tradition ; le vendeur a rempli ses obligations, l'acheteur doit remplir les siennes. Telle n'est pas la situation des parties dans le prêt. Nous venons de dire que le prêteur ne contracte aucune obligation en vertu du prêt (n° 485); quand la chose prêtée vient à périr après que le prêt existe, elle périt pour l'emprunteur par la seule raison qu'il en est propriétaire et que, du reste, il a pu en user, le contrat a alors produit tous ses effets. Mais si la chose périt dans les mains du prêteur, avant la tradition, il n'y a pas encore de prêt, l'emprunteur n'a pas pu user de la chose, il n'en est pas devenu propriétaire; à vrai dire, il n'y a ni prêteur ni emprunteur, donc l'article 1893 ne peut pas recevoir d'application, puisqu'il n'y a pas de contrat de prêt, et on ne peut pas appliquer les principes du prêt. Il peut y avoir promesse de prêter ; c'est une tout autre convention. Je promets de vous prêter le grain qui se trouve dans mon grenier ; vous acceptez cette promesse : il y a contrat, mais il n'y a pas de prêt. Si, après la promesse de prêt, la chose vient à périr dans les mains du débiteur, qui supportera le risque? On suppose que la chose a péri par cas fortuit, ce n'est pas le créancier, c'est le débiteur. En effet, la promesse de prêter ne donne d'autre droit au créancier qu'une action tendante à ce que le prêt soit réalisé, et il ne se réalise que par la tradition ; tant que la tradition n'est point faite, l'emprunteur ne contracte aucune obligation, il ne peut donc pas être tenu de la perte. En définitive, la promesse de prêter n'est autre chose qu'un prêt non réalisé. C'est une nouvelle différence entre le prêt et la vente. La promesse de vente vaut vente, et met les risques à charge de l'acheteur (art. 1589) : il y a obligations réciproques, donc on peut appliquer à l'acheteur le principe des risques. Une promesse de prêt ne vaut pas prêt, donc il ne saurait y avoir d'obligation à charge de l'emprunteur.

488. D'ordinaire les risques, dans les contrats, sont indépendants de la translation de la propriété. L'article 1893 établit, au contraire, une relation entre la translation de la propriété de la chose prêtée et le risque qui

incombe à l'emprunteur. Il commence par dire que, par l'effet du prêt, l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée, puis il ajoute : Et c'est pour lui qu'elle périt. Faut-il induire de là que la maxime *Res perit domino* reçoit son application, quoique la chose qui périt fasse l'objet d'un contrat? Non; dans le cas prévu par l'article 1893, la chose ne fait plus l'objet d'un contrat; le prêt est consommé, la chose prêtée, dès qu'elle est livrée à l'emprunteur, entre dans son domaine, il n'a aucune obligation concernant cette chose; donc c'est le cas d'appliquer le principe que la chose périt pour son propriétaire.

La cour de cassation a tiré de ce principe une conséquence pratique de la plus haute importance. Des fonds empruntés sont remis à un notaire, mandataire de l'emprunteur; il est stipulé que le notaire ne s'en dessaisira que si l'emprunteur fait certaines justifications concernant l'emploi des deniers. Le notaire est déclaré en faillite avant d'avoir remis les fonds à l'emprunteur. On demande si celui-ci supporte les risques. L'affirmative a été jugée et elle nous paraît certaine. Le prêt était consommé par la remise des deniers au mandataire de l'emprunteur, puisqu'ils étaient censés remis au mandant. Or, dès que le mandataire devient propriétaire, la chose périt pour lui (1).

489. Pothier dit que le prêt de consommation est, de même que le commodat, un contrat de bienfaisance; c'est un bienfait que le prêteur confère à l'emprunteur, en lui accordant gratuitement la faculté de se servir de la chose prêtée, sans que le prêteur retire aucune utilité du contrat qui se fait pour le seul intérêt de l'emprunteur. Le code admet cette doctrine, mais avec une distinction; il dit que le prêt à usage est *essentiellement* gratuit; il ne dit pas la même chose du prêt de consommation; il résulte, au contraire, de l'article 1905 que le prêt de consommation est seulement gratuit de sa nature. La loi permet de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées ou autres choses mobilières.

(1) Rejet, 7 mars 1842 (Sirey, 1842, 1, 207).

Dans ce cas, le contrat devient intéressé de la part du prêteur, sans perdre ses caractères de contrat unilatéral, réel et translatif de propriété.

490. Le prêt de consommation, comme le nom l'indique, donne à l'emprunteur le droit de consommer les choses qu'on lui livre; de là la loi déduit la conséquence, formulée dans la définition, que ce contrat a nécessairement pour objet une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage. Nous disons *nécessairement*, puisque cet élément du prêt est compris dans la définition que le code en donne, il le considère donc comme une condition. L'article 1894 ajoute, dans le même ordre d'idées, qu'on ne peut pas donner, à titre de prêt de consommation, des choses qui, quoique de même espèce, diffèrent dans l'individu, comme les animaux; alors c'est un prêt à usage; la raison en est que la restitution ne pourrait pas s'en faire identiquement, puisque les choses que l'emprunteur rendrait différeraient de celles qu'il a reçues, ce qui est contraire à l'essence du prêt. Il n'y a qu'un moyen de prêter les choses qui diffèrent dans l'individu, c'est de les prêter à usage. Cela prouve que les auteurs du code auraient mieux fait de se servir de l'expression *fongibles*, au lieu de celle de *consomptibles* : telle est bien l'idée exprimée par l'article 1894; c'est parce que, dans la restitution qui en doit être faite, les choses qui diffèrent dans l'individu ne peuvent pas être remplacées par d'autres, que ces choses ne peuvent pas être prêtées à titre de prêt de consommation : elles ne sont pas fongibles. Ce qui caractérise donc le prêt de consommation, c'est que les choses prêtées doivent être de telle nature que celles que le prêteur donne puissent être rendues par l'emprunteur, identiquement. Est-il nécessaire pour cela qu'elles soient consomptibles? Le code le dit, d'après Pothier, lequel s'exprime dans les termes les plus restrictifs : « Toutes les choses fongibles qui se consomment par l'usage qu'on en fait peuvent être la matière du prêt de consommation, et il est de *l'essence de ce contrat* que ce soit quelqu'une de ces choses qui en fasse l'objet. » Cela est trop absolu. Ce qui est de l'essence du contrat, c'est

que l'emprunteur ait le droit de consommer la chose, et qu'il puisse en rendre une de même espèce et qualité. Or, on peut très-bien concevoir un prêt de choses qui ne se consomment pas par le premier usage que l'on en fait : tel serait le prêt qu'un libraire ferait à un autre d'un certain nombre d'exemplaires de code civil, à condition que l'emprunteur rende le même nombre de la même édition (1).

491. Pothier explique encore ce que l'on entend, en droit, par consommation. Il y a deux espèces de choses qui se consomment par l'usage que l'on en fait. D'abord celles qui se consomment naturellement par la destruction que l'on en fait : c'est le sens vulgaire du mot. Telles sont les choses qui servent à la nourriture de l'homme ou des animaux, comme le blé, l'orge, l'avoine, l'huile, le vin, le bois à brûler. En droit, on étend la notion de consommation à la consommation civile, c'est-à-dire fictive : telle est la consommation que l'on fait de l'argent comptant. L'usage que l'on en fait consiste à le dépenser, ce qui opère, non pas une consommation naturelle, puisque l'emprunteur, en le dépensant, ne détruit pas les espèces, mais une consommation civile, qui consiste dans l'aliénation qu'il fait de l'argent en le dépensant, de manière qu'il ne lui en reste plus rien, de sorte que l'on peut dire qu'il est consommé pour lui. Il y a encore consommation civile lorsque l'usage que l'on fait d'une chose la rend incapable de servir à d'autres, après qu'on s'en est servi. En ce sens le papier est chose consomptible : l'emprunteur s'en sert pour écrire dessus, et dès qu'il en a fait cet usage, le papier est civilement consommé, puisque le papier sur lequel il a écrit ne peut plus servir à d'autres (2).

492. Qui peut faire un prêt de consommation? La capacité de contracter suffit-elle? Non; l'article 1893 dit que, par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée; le prêteur lui en transfère donc la propriété; or, pour transmettre la propriété il faut que

(1) Pothier, *Du prêt de consommation*, n° 26. Comparez Duranton, t. XVII, p. 610, n° 552; Pont, t. I, p. 67, n° 149; Bugnet sur Pothier, t. V, p. 50, note 1.

(2) Pothier, *Du prêt de consommation*, n^{os} 22 et 23.

le prêteur soit propriétaire. Cela ne suffit pas ; il y a des propriétaires qui n'ont pas le droit d'aliéner et qui, par conséquent, ne peuvent pas transférer la propriété des choses qui leur appartiennent ; par suite, ils ne peuvent les donner à titre de prêt de consommation. Le principe est donc que, pour faire un prêt de consommation, l'on doit être propriétaire et capable d'aliéner (1).

Il suit de là que ceux qui administrent le patrimoine d'autrui, tels que les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent, les tuteurs, les maris administrateurs légaux des biens de la femme, ne peuvent pas consentir un prêt de consommation, car ils ne peuvent pas aliéner. La conséquence est certaine si l'on admet le principe que les administrateurs n'ont pas le droit d'aliéner. Nous renvoyons, sur ce point, aux titres de l'*Absence*, de la *Tutelle* et du *Contrat de mariage* ; la question est controversée.

Du principe qu'il faut être propriétaire et capable d'aliéner pour faire un prêt, suit encore que le prêt fait par celui qui n'est pas propriétaire de la chose ou qui est incapable de l'aliéner est nul. En quel sens y a-t-il nullité ? La question n'est pas sans difficulté. Il faut distinguer le prêt fait par un non-propriétaire et le prêt fait par celui qui n'est pas capable d'aliéner.

493. Il va sans dire que le prêt fait par celui qui n'est pas propriétaire est nul à l'égard du véritable propriétaire. Il est plus exact de dire que le prêt n'existe pas à son égard, car c'est une convention à laquelle il est resté étranger ; il peut donc revendiquer la chose qui lui appartient, sans avoir besoin de demander la nullité du prêt. Mais le droit qu'il a en théorie peut rarement être exercé en fait. Il s'agit de choses consomptibles, donc mobilières, corporelles. Or, ces choses ne peuvent pas être revendiquées, en ce sens que le possesseur peut repousser l'action en revendication par la maxime qu'En fait de meubles, la possession vaut titre ; il n'y a d'exception que lorsque des choses volées ou perdues ont été données à prêt ; le pro-

(1) Pothier, *Du prêt de consommation*, nº 4.

priétaire peut, en ce cas, les revendiquer; il le peut encore quand le possesseur est de mauvaise foi. Le propriétaire a de plus une action en dommages-intérêts contre le prêteur qui a disposé de choses qu'il n'avait pas le droit de prêter.

Quand on dit que le prêt est nul s'il a été fait par celui qui n'était pas propriétaire de la chose, cela veut dire que le contrat est nul entre les parties contractantes. Qui peut invoquer cette nullité? Que l'emprunteur ait ce droit, cela n'est point douteux; car le prêt ne remplit pas son objet à l'égard de l'emprunteur; celui-ci n'acquiert pas la propriété de la chose, il ne peut donc pas la consommer. De plus, il est exposé à une action en revendication et en dommages-intérêts. Il est donc intéressé à demander la nullité du contrat. Toutefois il se présente une difficulté. Il s'agit d'une chose mobilière corporelle; si l'emprunteur la reçoit de bonne foi, croyant qu'elle appartient au prêteur, il en devient propriétaire, en ce sens qu'il peut repousser la revendication en opposant sa possession: pourra-t-il néanmoins demander la nullité? Si l'on considère l'article 2279 comme une espèce de prescription, il faut décider que l'emprunteur peut agir en nullité, quoiqu'il ait le droit de repousser l'action du propriétaire par l'exception de prescription, car il est de principe que la prescription ne peut pas être opposée malgré celui en faveur de qui elle existe; nous reviendrons sur le principe au titre qui est le siége de la matière; si donc le possesseur ne veut pas se prévaloir de la prescription, le prêteur ne pourra pas la lui opposer, le contrat sera annulé, et, par suite, le prêteur sera tenu de fournir d'autres choses de même qualité et espèce. Mais cela n'est vrai que si le prêt est fait à titre onéreux; car, s'il est gratuit, le prêteur ne doit pas la garantie, il n'est garant que de son dol.

Le prêteur pourrait-il demander la nullité, c'est-à-dire obliger l'emprunteur à lui rendre la chose empruntée? D'après les principes qui régissent la nullité, il faut répondre négativement; en effet, la nullité n'est point d'ordre public; elle ne peut donc être invoquée que par la partie

dans l'intérêt de laquelle elle a été établie; or, c'est dans l'intérêt de l'emprunteur que la loi exige que le prêteur soit propriétaire; ce qui décide la question. Il est vrai qu'en matière de payement on admet, et c'est notre avis, que le débiteur qui paye ce qui ne lui appartient pas peut demander la nullité du payement, mais la raison en est que l'article 1238 lui donne implicitement ce droit; peut-on étendre au prêt ce que la loi dit du payement? Cela est douteux, puisqu'on ne peut pas dire du prêteur qu'il fait un payement.

494. Si l'emprunteur n'agit pas en nullité, quel sera l'effet du prêt? Il consommera les choses; de là une nouvelle difficulté : sera-t-il tenu de les restituer, comme si le prêt était valable? Pothier enseigne, d'après le droit romain, que, si l'emprunteur a consommé les choses de bonne foi, le contrat est validé; que, par conséquent, l'emprunteur sera tenu des obligations naissant du prêt, comme si le prêteur avait été propriétaire de la chose; d'où suit que le prêteur aura l'action naissant du prêt, quoiqu'il n'ait pas eu la propriété des choses prêtées. La raison en est que la translation de la propriété n'est pas l'objet direct du contrat de prêt; si le prêteur doit transférer la propriété à l'emprunteur, c'est afin que celui-ci puisse se servir des choses prêtées; ce qu'il ne peut faire qu'en les consommant, et ce qu'il n'a pas le droit de faire s'il n'en est pas le propriétaire. Le prêt, par suite de la consommation de bonne foi que l'emprunteur fait de la chose, lui a procuré la même utilité que si le prêteur lui avait transmis la propriété des choses prêtées; donc l'emprunteur doit être tenu des mêmes obligations que si le prêteur avait été propriétaire. La translation de la propriété ne lui aurait pas procuré plus d'avantage; il n'aurait toujours eu que le droit de consommer les choses; or, il les a consommées, et, les ayant consommées de bonne foi, il est à l'abri de toute action de la part du propriétaire. Quant à lui, le but du prêt est complétement atteint; dès lors il doit être tenu comme emprunteur (1).

(1) Pothier, *Du prêt de consommation*, nos 5 et 6. Duranton, t. XVII, p. 621, no 565. Pont, t. I, p. 69, no 156.

495. Le prêt fait par le non-propriétaire se valide encore lorsque, sur l'action en revendication du propriétaire, l'emprunteur oppose l'exception de l'article 2279. Il a, dans ce cas, le droit de consommer la chose, comme si le prêteur en avait été propriétaire; donc on peut appliquer ce que nous venons de dire d'après Pothier : le prêt procure à l'emprunteur le même avantage que si le prêteur avait été propriétaire; par conséquent, l'emprunteur doit être tenu des obligations qui naissent du prêt. Mais il faut pour cela que l'emprunteur oppose l'exception de l'article 2279, qui le met à l'abri de l'action en revendication. Cela suppose que l'article 2279 établit une prescription qu'il dépend du possesseur d'opposer ou de ne pas opposer; la question est controversée; nous y reviendrons, au titre qui est le siége de la matière. Si l'on admet qu'en vertu de la règle consacrée par l'article 2279, le possesseur devient propriétaire d'une manière absolue, il faut dire que, dans tous les cas, le prêt se consolide dès qu'il y a lieu d'appliquer l'article 2279, c'est-à-dire dès que l'emprunteur a reçu la chose de bonne foi (1).

496. Quel est l'effet du prêt fait par un incapable? La question présente deux faces : les incapables peuvent-ils prêter? peuvent-ils emprunter? quel est l'effet du prêt? quel est l'effet de l'emprunt? Il est certain que les incapables ne peuvent pas prêter à consommation les choses qui leur appartiennent, puisqu'ils n'ont pas la capacité de disposer; et prêter à consommation, c'est aliéner la chose prêtée. Toutefois il y a quelque difficulté pour la femme mariée, quand elle est séparée de biens, soit judiciairement, soit en vertu du contrat de mariage. Les auteurs sont divisés. A notre avis, il faut distinguer si le prêt est gratuit ou intéressé. S'il est gratuit, la femme ne peut le faire, car, quoique séparée de biens, elle ne peut pas faire de libéralité. Il est vrai que le prêt n'a pour objet que l'usage de la chose, puisque l'emprunteur doit restituer des choses de même espèce et qualité; néanmoins c'est

(1) Mourlon, t. III, p. 387, nº 978. Pont, t. I, p. 69, nº 155. Comparez Duranton, t. XVII, p. 623, nº 566.

une libéralité, et la loi ne permet pas à la femme de faire une libéralité sans le consentement de son mari. En principe, elle reste incapable, sa capacité est une exception au droit commun ; elle doit être restreinte dans les termes de la loi ; or, la loi lui permet bien de disposer de son mobilier à titre onéreux et par contrat commutatif, elle ne lui permet pas de disposer à titre gratuit, ne fût-ce que de l'usage des choses ; donc la femme n'a pas ce droit. Peut-elle faire un prêt à titre onéreux ? Ici il y a un doute. Le droit de disposer de son mobilier, que l'article 1449 lui donne, est-il absolu ? ou ne l'a-t-elle que si l'aliénation est un acte d'administration ? Dans l'opinion que nous avons enseignée, le droit d'aliéner de la femme est absolu ; cela est décisif : ayant le droit d'aliéner, elle a par cela même le droit de prêter à intérêt (1).

497. Les mineurs ne peuvent pas faire un prêt de consommation, puisque prêter c'est aliéner, et les mineurs ne peuvent jamais aliéner. Il n'y a pas à distinguer entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé ; en effet, il est de principe que le mineur ne peut faire aucun acte, autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé (art. 484) ; or, le prêt n'est pas un acte de simple administration, ce qui est décisif. Il suit de là que le mineur ne peut pas même faire un prêt à titre onéreux ; vainement dirait-on que placer ses fonds à intérêt est un acte d'administration et un acte de bonne gestion. Cela est vrai quand le placement est sûr et fait avec garantie ; le mineur émancipé n'a point cette capacité, du moins la loi ne la lui suppose point ; il faut donc s'en tenir strictement au principe qui défend au mineur de disposer et, par suite, de prêter à consommation.

Le prêt fait par un mineur est donc nul. Quel est le caractère de la nullité ? Il faut appliquer le principe général en vertu duquel la nullité des actes faits par les incapables est relative : les personnes capables de s'en-

(1) Voyez, en sens divers, Pont et les auteurs qu'il cite, t. I, p. 70, n° 160.

gager, dit l'article 1125, ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté. Le prêt fait par le mineur n'est donc nul qu'à l'égard de l'incapable qui l'a consenti ; il tient à lui de le valider en n'agissant pas, ou d'en demander la nullité. Le mineur peut-il aussi revendiquer? Les auteurs se servent de cette expression ; elle ne nous paraît pas exacte. En effet, le mineur est lié par un contrat; bien que ce contrat soit vicié, il n'est pas nul de plein droit ; il produit, au contraire, ses effets tant que la nullité n'en est pas prononcée par le juge. Donc le mineur doit avant tout se dégager du lien qui l'enchaîne, en agissant en nullité ; et quand le contrat est annulé, il n'a pas besoin de la revendication, au moins contre l'emprunteur, puisque le jugement condamne celui-ci à rendre la chose prêtée. Si un tiers possédait la chose, le mineur devrait agir par voie de revendication, mais le tiers, de son côté, pourrait lui opposer l'exception de l'article 2279.

498. Le prêt fait par un incapable, par exemple un mineur, est-il validé si l'emprunteur a consommé la chose de bonne foi? Il y a controverse et quelque doute. Nous croyons que la consommation ne valide pas le prêt. Il est nul dans l'intérêt du mineur ; il faut donc que le mineur ait le droit d'agir en rescision s'il est lésé ; dans notre opinion, il aurait même le droit d'agir en nullité, puisque le prêt est une aliénation, et le mineur ne peut aliéner que dans les formes prescrites par la loi. Or, l'emprunteur ne peut pas, en consommant la chose, enlever au mineur un droit qui lui appartient à raison de son incapacité. On objecte que l'article 1238 valide le payement fait par un incapable quand la chose est consommée, et que ce cas est mis sur la même ligne que le prêt fait par un non-propriétaire. N'y a-t-il pas contradiction à valider le prêt fait par un non-propriétaire, comme nous venons de l'enseigner (n° 494), et à ne pas le valider quand il est fait par un incapable? Non; il faut d'abord écarter l'article 1238, parce que le prêt n'est pas un payement et parce que cette disposition est critiquée par tous les auteurs comme contraire aux principes ; et elle est contraire aux

principes précisément parce qu'elle confond deux cas très-différents. Si le prêt fait par un non-propriétaire est validé quand l'emprunteur a consommé la chose de bonne foi, c'est parce que la consommation procure à l'emprunteur la même utilité que la translation de la propriété. Or, on ne peut certes pas dire que le mineur profite de la consommation ; que la chose soit consommée ou non, il peut valider le prêt s'il veut; mais il doit aussi, dans toute hypothèse, conserver le droit d'en demander la nullité, sinon il serait lésé, et c'est pour qu'il ne soit pas lésé que la loi lui donne le droit d'agir en nullité ou en rescision (1).

499. La chose prêtée périt par cas fortuit. Pour qui est la perte? Il faut distinguer si le prêt a été fait par un non-propriétaire ou par un incapable. Quand le prêteur est incapable, lui seul peut se prévaloir de la nullité ; et, bien évidemment, il ne s'en prévaudra pas, il validera, au contraire, le prêt par son silence ; ce qui oblige l'emprunteur à restituer des choses de même espèce et qualité. C'est donc l'emprunteur qui supportera la perte ; vainement dirait-il que le prêt est nul ; à son égard le prêt est valable ; il est donc propriétaire, et, par conséquent, la chose périt pour lui. Si le prêteur n'était pas propriétaire, l'emprunteur peut agir en nullité, partant c'est le prêteur qui supportera le risque; il est vrai qu'il n'est pas propriétaire, mais, en cette matière, la perte n'est pas toujours pour le propriétaire; dans l'espèce, la chose périt pour le prêteur, parce qu'il n'y a pas de prêt ; le prêteur est en face du propriétaire, et, à son égard, le prêteur est en faute pour avoir disposé d'une chose qui ne lui appartient pas. Toutefois le prêteur pourrait invoquer le bénéfice de l'article 1302 ; s'il prouve que la chose aurait péri si elle s'était trouvée dans les mains du propriétaire, celui-ci n'a pas d'action, parce que le prêteur ne lui a causé aucun préjudice.

500. Les incapables peuvent-ils emprunter? Non, parce qu'ils ne peuvent pas s'obliger ; et l'obligation qu'ils

(1) Duvergier, p. 182, n° 155. Troplong, n° 203. Pont, t. I, p. 73, n° 167. En sens contraire, Duranton, t. XVII, p. 625, n° 567, d'après Pothier, n^{os} 7 et 21.

contractent en empruntant est une des plus dangereuses, puisqu'elle leur permet de s'endetter pour de folles dépenses. La loi veille à ce que les emprunts, s'ils deviennent nécessaires, soient faits avec toutes les garanties possibles ; quand il s'agit d'un mineur, le conseil de famille doit l'autoriser, le tribunal doit homologuer la délibération du conseil ; et l'autorisation ne peut être accordée que pour cause de nécessité absolue ou d'avantage évident (art. 457 et 484). Il est vrai que la loi a surtout en vue le prêt fait à intérêt, mais le prêt gratuit présente aussi des dangers, car il oblige toujours le mineur à rendre les deniers qu'il peut avoir dépensés inutilement. L'emprunt fait sans les formes prescrites par la loi est nul. Il suit de là que le mineur ne contracte pas les obligations qui résultent du prêt ; il ne répondrait pas de la perte, à moins qu'il ne fût coupable de dol. Serait-il tenu de restituer la chose? Comme emprunteur, non, puisque nous supposons que l'emprunt est nul. Le prêteur est donc dans cette fâcheuse situation qu'il ne peut pas réclamer la restitution de la chose, l'emprunteur seul pouvant se prévaloir de la nullité du prêt ; et il n'aura pas l'action du prêt si le mineur lui oppose son incapacité. La seule action qu'il ait est celle en revendication, laquelle suppose que la chose est dans les mains de l'emprunteur ; quand elle est aliénée, il n'aura d'action que contre le tiers possesseur ; contre le mineur il n'a d'autre droit que d'exiger la restitution de la valeur, en tant que le mineur en a profité. Le prêteur s'est mis lui-même dans cette situation par son imprudence, il doit supporter les suites de sa faute (1).

SECTION II. — Des obligations du prêteur.

501. « Dans le prêt de consommation, le prêteur est tenu de la responsabilité établie par l'article 1891 pour le prêt à usage » (art. 1898). Au conseil d'Etat, Tronchet a soutenu que cette obligation découlait du contrat de prêt, et que, par suite, ce contrat était bilatéral. En réalité,

(1) Mourlon, t. III, p. 387, n° 979. Pont, t. I, p. 74, n° 168.

l'obligation existe dans tout contrat, parce que c'est une conséquence du principe que chacun répond de son dol. En effet, quand la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à l'emprunteur, la bonne foi commande au prêteur d'en avertir l'emprunteur s'il les connaît; et l'obligation de bonne foi existe dans tout contrat, unilatéral ou bilatéral; si elle suffit pour rendre le contrat bilatéral, il faut effacer l'article 1103 du code, car il n'y aura plus de contrat unilatéral.

L'obligation de garantie qui découle de la bonne foi, dans le cas prévu par l'article 1891, peut devenir plus étroite dans le prêt de consommation que dans le commodat. Le prêt peut se faire à titre onéreux; dans ce cas, il faut appliquer le principe général en vertu duquel la garantie est due dans les contrats onéreux : la garantie y existe de droit. Ainsi, si l'emprunteur était évincé de la chose, non-seulement il n'y aurait pas de prêt, comme dans le commodat, mais le prêteur serait encore tenu des dommages-intérêts, dont le prêteur n'est pas tenu dans le commodat, qui est essentiellement gratuit. Et si la chose était infectée d'un vice, le prêteur devrait la garantie, alors même qu'il ignorerait l'existence de ce vice. C'est le droit commun dans les contrats onéreux (1).

502. « Le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées, avant le terme convenu » (art. 1899). Il en est de même dans le prêt à usage (art. 1888); mais l'article 1889 ajoute une restriction : « S'il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de la chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre. » L'article 1899 ne contient pas de disposition analogue pour le prêt de consommation. Que faut-il induire du silence de la loi? Peut-on appliquer l'article 1889 par analogie? Non, car c'est une disposition contraire aux principes, elle déroge à la loi du contrat; dès lors elle est de stricte interprétation. Reste à savoir s'il y a une raison de la différence qui en résulte entre les deux prêts. Dans le prêt à usage, l'emprunteur ne devient pas propriétaire de la

(1) Pont, *Des petits contrats*, t. I, p. 76, n° 173.

chose, il peut seulement s'en servir, et lui seul a ce droit, de sorte qu'il doit toujours avoir la chose sous la main ; le législateur pouvait donc, par une considération d'équité, l'obliger à la rendre de suite ; tandis que, dans le prêt de consommation, l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée ; il peut donc en disposer comme il veut, il peut la céder à un tiers ; de là suit qu'il pourrait arriver qu'il n'eût pas la chose sous la main si le prêteur la lui réclamait en cas de besoin imprévu ; et s'il devait en rendre une de même espèce et qualité, il serait peut-être dans l'impossibilité de le faire, ou il ne le pourrait qu'en se procurant à grands frais et, par conséquent, avec perte, des choses qu'il ne devait rendre que plus tard ; or, le bienfait ne doit pas tourner contre celui à qui il doit profiter (1). Si le prêt est à titre onéreux, il va sans dire qu'il ne saurait être question d'obliger l'emprunteur à restituer la chose avant l'expiration du terme, sous quelque prétexte que ce soit.

503. « S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances » (art. 1900). Cela suppose que les parties sont en désaccord sur l'étendue du terme. Il y a un terme tacite dans le prêt de consommation, comme dans le prêt à usage ; l'emprunteur a toujours le droit de se servir de la chose ; dans le prêt de consommation, il s'en sert en la consommant. Est-ce à dire qu'il soit tenu de rendre une chose de même espèce et qualité aussitôt qu'il aura consommé celle qu'il a empruntée ? Non ; Pothier dit que l'emprunteur, alors même qu'il se serait obligé de rendre la chose prêtée à la première réquisition du prêteur, ne serait pas tenu de le faire incontinent après qu'il aurait pu s'en servir, par exemple le lendemain ou quelques jours après la tradition de la chose. Le prêteur est censé avoir accordé tacitement un terme convenable pour que l'emprunteur puisse se procurer la chose qu'il doit rendre. De son côté, l'emprunteur ne l'aurait pas empruntée s'il eût prévu qu'on l'exigerait de lui avant ce

(1) Pont, *Des petits contrats*, t. I, p. 78, n° 175.

temps. En effet, si l'emprunteur était tenu de rendre la chose à la volonté du prêteur, le prêt lui serait désavantageux plutôt qu'utile. C'est le cas d'appliquer cette règle d'équité : *Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet*. Pothier en conclut que le prêteur doit accorder à l'emprunteur un temps plus ou moins long, selon les circonstances, pour la restitution de la chose prêtée ; par suite, l'emprunteur a contre la demande du prêteur, s'il l'intentait avant ce temps, une exception par laquelle il *doit* obtenir du juge un délai pour le payement (1). C'est en ce sens qu'il faut entendre l'article 1900 ; en disant que le juge *peut* accorder un délai suivant les circonstances, la loi ne veut pas dire qu'il puisse le refuser, elle s'en rapporte à lui pour la fixation du terme tacite ; il le fixe d'après les circonstances, et il décidera en même temps si la demande du prêteur est recevable ou si elle est faite trop tôt.

Un prêt est fait par la mère à sa fille, qui administrait une exploitation de mines, avec cette clause que la compagnie s'obligeait à restituer la somme empruntée sur les premiers fonds dont elle pourrait disposer. Le prêt étant fait sans terme fixe, il a été jugé que l'emprunteur jouirait d'un délai de deux mois (2).

504. « S'il a été seulement convenu que l'emprunteur payerait quand il le *pourrait*, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de payement suivant les circonstances » (art. 1900). C'est un terme exprès, mais sans limite fixe ; le juge est encore appelé à décider, mais dans sa décision il tiendra compte de l'intention du prêteur, qui s'est manifestée par la clause du contrat, de ne pas exiger la restitution à la rigueur dès qu'il le pourrait en droit strict ; le juge est, dans ce cas, ministre d'équité. La clause doit avoir ce sens, sinon elle se confondrait avec le terme tacite qui existe dans tout prêt (3). A plus forte raison en est-il ainsi si le contrat portait que l'emprunteur remboursera quand il le voudra. Il ne faut pas interpréter cette clause en ce sens que le prêteur s'en

(1) Pothier, *Du prêt de consommation*, n° 48.
(2) Bordeaux, 22 juin 1833 (Dalloz, au mot *Acte de commerce*, n° 280).
(3) Bordeaux, 7 avril 1838 (Dalloz, au mot *Prêt*, n° 191, 2°).

rapporte absolument à la discrétion de l'emprunteur; celui-ci n'est pas dispensé de restituer, le prêteur s'en rapporte seulement à sa volonté quant à l'époque où il pourra restituer sans se gêner. Le juge a donc une plus grande latitude encore que s'il était dit que l'emprunteur rendrait quand il le pourrait. Il y a là une nuance dont le juge tiendra compte (1).

SECTION III. — Obligations de l'emprunteur.

505. « L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu » (art. 1902). L'article 1892 s'exprime plus exactement en disant que l'emprunteur doit rendre les choses prêtées en même quantité, espèce et qualité. Il doit rendre la même *quantité*. Les choses fongibles qui font l'objet du prêt de consommation sont aussi connues sous le nom de choses *quæ pondere, numero et mensura constant*, c'est-à-dire de choses à l'égard desquelles on considère plutôt un certain poids, un certain nombre ou une certaine mesure, que les individus dont elles se composent. L'emprunteur devant rendre autant de choses qu'il en a reçu, on les compte lors de la restitution, on les pèse ou on les mesure, suivant leur nature; voilà la *quantité* qu'il doit rendre. Il doit rendre des choses de même *espèce*; c'est en cela que consiste la fongibilité proprement dite : a-t-il reçu du blé, il rend du blé; il rend de l'huile d'olive pour de l'huile d'olive, de l'huile de colza pour de l'huile de colza. Enfin il doit rendre des choses de même *qualité* : s'il a reçu du blé de première qualité, il doit rendre du blé de première qualité; s'il en rendait d'une qualité inférieure, il ne rendrait pas ce qu'il a reçu (2).

La loi n'ajoute pas que l'emprunteur doit rendre des choses de même valeur; l'article 1897 porte que si des denrées ont été prêtées, l'emprunteur doit toujours rendre

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 384, n° 967. Bruxelles, 13 novembre 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 218).

(2) Pothier, *Du prêt de consommation*, n° 25. Pont, t. I, p. 86, n^{os} 195 et 196.

la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela, quelle que soit l'augmentation ou la diminution du prix. La valeur ne figure dans la restitution que pour ce qui concerne la qualité; si l'emprunteur a reçu un sac de blé de première qualité en 1874, il doit en rendre un de première qualité en 1875, terme convenu, quand même le sac, à cette époque, vaudrait vingt francs de plus ou vingt francs de moins. Le prix des denrées est sujet à de grandes variations, il monte et il baisse; la loi n'a pas tenu compte de cette différence. D'après la rigueur des principes, elle aurait dû obliger l'emprunteur à rendre la même valeur qu'il a reçue; celui qui a reçu une valeur de trente francs devrait rendre une valeur pareille, tandis qu'il se peut qu'il rende plus ou moins, selon que le prix des denrées aura haussé ou baissé. Pourquoi la loi ne considère-t-elle pas la valeur dans la restitution que l'emprunteur est obligé de faire? Il est assez difficile de donner une bonne raison; c'est une disposition traditionnelle qui facilite beaucoup la restitution; si l'on avait exigé que la restitution se fît en nature et pour la même valeur, il y aurait eu tantôt plus de choses à rendre, tantôt moins; ce qui aurait altéré la nature du contrat, car la première idée qu'implique le prêt, c'est que l'emprunteur rende la quantité de denrées qu'il a reçues. Le système traditionnel prévient des difficultés d'appréciation qui auraient souvent arrêté la restitution et amené des procès; le code préfère un système moins juridique, mais plus simple (1).

506. L'article 1903 prévoit le cas où l'emprunteur est dans l'impossibilité de remplir son obligation; il est tenu, en ce cas, de payer la valeur des choses qu'il ne rend point. Nous dirons plus loin quelle époque on considère pour déterminer cette valeur. Il faut préciser avant tout ce que la loi veut dire par ces mots : « *S'il est* dans l'*impossibilité* d'y satisfaire. » Quelle est cette impossibilité? Est-ce une impossibilité absolue? La négative est certaine, une impossibilité pareille n'existe jamais en fait de denrées; il faudrait supposer, disent les auteurs, que les choses

(1) Duvergier, *Du prêt*, p. 194, n° 168.

qui ont fait l'objet du prêt ont été mises hors du commerce; ce qui est une hypothèse d'école. D'ailleurs le texte de la loi implique qu'il s'agit d'une impossibilité relative à l'emprunteur; l'article 1903 ne dit pas : « si l'exécution de l'obligation devient impossible », ce qui serait une impossibilité absolue; la loi dit: « si l'emprunteur est dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation », ce qui indique une impossibilité relative. Reste à savoir quand on peut dire qu'il soit impossible à l'emprunteur de rendre les choses en nature et de même qualité. Les interprètes du droit romain donnent comme exemple le cas où, pendant une disette extraordinaire, l'emprunteur serait forcé d'acheter la chose auprès d'un vendeur qui, connaissant le besoin qu'il en a, abuserait de sa position pour exiger de lui un prix exorbitant. Nous croyons qu'il faut encore étendre le fait de l'impossibilité dans cette hypothèse; les denrées auront renchéri de beaucoup à raison de la disette; l'emprunteur peut n'avoir pas la somme suffisante pour se procurer des denrées au prix où elles sont; voilà l'impossibilité relative, l'obligation de rendre les choses prêtées se traduit alors en une obligation d'en rendre la valeur.

Les auteurs se montrent beaucoup moins rigoureux. Troplong dit que l'estimation peut être substituée à la restitution en nature toutes les fois qu'il y a pour l'emprunteur un préjudice trop considérable (1). C'est changer le texte; autre chose est le préjudice, autre chose est l'impossibilité. La loi exige l'impossibilité, et cela est fondé sur les principes élémentaires qui régissent les obligations. Aux termes de l'article 1243, le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande. L'emprunteur doit donc rendre les choses en nature, alors même que cela lui serait préjudiciable. L'équité que l'on invoque dans un contrat de bienfaisance plaide pour le prêteur autant que pour l'emprunteur; le prêteur ne doit pas perdre en rendant un ser-

(1) Troplong, *Du prêt*, nº 284. Comparez Pont, t. I, p. 87, nº 199.

vice à l'emprunteur. Il y a une chance dans le prêt par suite de la variation du prix des denrées ; elle tourne contre l'emprunteur en cas de disette, elle tourne en sa faveur dans les années d'abondance ; s'il profite des bonnes chances, il doit aussi supporter les mauvaises.

Duranton va plus loin ; il enseigne que l'article 1903 doit recevoir son application dans tous les cas où l'emprunteur, pour quelque cause que ce soit, ne rend pas les choses au terme convenu. A quoi, en effet, dit-il, peut-on condamner un emprunteur de denrées prêtées qui ne les rend pas, si ce n'est à en payer la valeur (1)? La réponse se trouve dans l'article 1243 que nous venons de transcrire, et qui ne fait que formuler ce principe élémentaire que le débiteur doit prester ce qu'il doit et que le créancier a le droit d'exiger ce qu'il a stipulé. Le débiteur refuse-t-il de remplir son obligation, il doit y être contraint par l'exécution forcée que le juge ordonnera ; il autorisera le prêteur à se procurer, aux dépens de l'emprunteur, des choses de même quantité, espèce et qualité. Telle est l'exécution directe et forcée de l'obligation à laquelle le prêteur a droit, à moins que l'emprunteur ne se trouve dans l'impossibilité de remplir son obligation : voilà le seul tempérament d'équité que la loi admet. Aller plus loin, c'est méconnaître le droit du prêteur et effacer de l'article 1903 la condition d'impossibilité. Troplong dit très-bien que l'emprunteur est débiteur d'une chose et non de son estimation. C'est cette chose qu'il doit payer ; si des circonstances rares et exceptionnelles peuvent obliger le créancier à accepter autre chose que ce qui lui est dû, il serait contre le droit et contre l'équité d'étendre le bénéfice de l'article 1903 à des cas où il n'y aurait pas la même nécessité. Seulement Troplong oublie que lui-même s'est écarté de la loi en permettant à l'emprunteur de payer la valeur au lieu de la chose, toutes les fois qu'il y aurait pour lui un préjudice trop considérable à payer en nature (2).

(1) Duranton, t. XVII, p. 646, n° 588.
(2) Troplong, *Du prêt*, n° 285.

Les auteurs les plus exacts se laissent entraîner par l'indulgence jusqu'à s'écarter entièrement du texte; Aubry et Rau disent qu'il est *évident* que la disposition de l'article 1903 s'applique également au cas où l'emprunteur, se trouvant en situation d'exécuter la restitution en nature, ne le fait cependant pas (1). Dire qu'il est *évident*, c'est faire une affirmation, mais où est la preuve? Nous affirmons le contraire, et nous appuyons notre affirmation sur le texte de la loi. Quoi! l'emprunteur s'engage à restituer les choses prêtées, en même quantité, espèce et qualité; cette obligation est écrite dans la définition même du prêt (art. 1892); puis quand il s'agit d'y satisfaire, il dira : Je le pourrais, à la vérité, mais cela ne me plaît pas! Voilà un droit nouveau, et nous ajoutons, une équité nouvelle. L'emprunteur reçoit un bienfait, et il témoigne sa reconnaissance en violant ses engagements. Dira-t-on que le prêteur, de son côté, montre une rigueur qui n'est guère en harmonie avec le sentiment d'humanité qu'on doit lui supposer, puisqu'il a fait un prêt gratuit? De quoi se plaint-il, puisque l'emprunteur lui restitue la valeur de la chose? Nous allons répondre à la question, en examinant quelle est la valeur que l'emprunteur est tenu de rendre quand il ne restitue pas les choses en nature.

507. L'article 1903 distingue : l'emprunteur est tenu de payer la valeur des choses, eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention; si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le payement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait. S'il y a une convention, la décision de la loi est très-juste : le prêteur a droit à la valeur qu'a la chose au moment et au lieu où la restitution doit être faite; avec la somme qui lui est payée, il pourra se procurer les denrées que l'emprunteur ne lui restitue pas en nature : le payement de la valeur équipolle, dans ce cas, au payement des choses en nature. Cela suppose que le débiteur est solvable; et s'il l'est, on ne voit pas où est l'impossibilité pour lui de payer en nature; il peut acheter les den-

(1) Aubry et Rau, t. IV, t. IV, p. 600, note 4, § 395 (4e édition).

rées pour le prix courant, quelque élevé qu'il soit, aussi bien que le prêteur.

Il n'en est pas de même dans la seconde hypothèse : si le temps et le lieu de la restitution n'ont pas été réglés par la convention, la loi décide que l'emprunteur doit payer les choses au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait. Cette décision, qui déroge à la tradition, déroge aussi aux principes et à l'équité. D'ordinaire, pour ne pas dire toujours, le prix des denrées aura augmenté; il ne répondra donc plus à la valeur des denrées, au moment où l'emprunteur refusera de faire la restitution en nature, en invoquant l'impossibilité. Si, dans ces circonstances, il paye la valeur qu'avaient les choses lors de l'emprunt, le prêteur ne pourra pas se procurer, avec la somme qu'il recevra, des denrées de même qualité et quantité que celles qu'il a données. Cela est contraire à l'intention des parties contractantes et à l'essence du contrat. Pourquoi la loi se contente-t-elle de la restitution de choses de même quantité, espèce ou qualité, sans ajouter de même valeur? C'est que l'intention des parties est que le prêteur reçoive des denrées, en nature, qui lui procurent le même avantage que celles qu'il a prêtées, puisqu'elles sont destinées à être consommées. Si on lui rend une somme d'argent, au lieu des denrées, et que cette somme soit inférieure au prix actuel des denrées, il ne pourra pas se procurer, avec les deniers que l'emprunteur lui paye, des denrées de même quantité, espèce et qualité que celles qu'il a prêtées. C'est violer la loi du contrat. Au point de vue de l'équité, cela est évident, et cela nous paraît tout aussi certain au point de vue des principes. La loi oblige l'emprunteur à payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la restitution doit se faire : tel est le vrai principe. L'article 1903 applique ce principe quand il y a une convention expresse quant au temps et au lieu. Pourquoi ne pas l'appliquer quand il y a une convention tacite? Car le prêt implique toujours un terme; qu'il soit tacite ou exprès, qu'importe? S'il n'y a pas de convention quant au temps, le juge décidera d'après les circonstances de la cause, dit l'article 1900; et s'il n'y a pas de convention

relative au lieu, le payement doit se faire au domicile du débiteur, d'après l'article 1247; il y a donc toujours un lieu et un temps convenus. Dans l'ancien droit, on s'était arrêté à une décision plus pratique et plus équitable : on considérait le temps de la demande en restitution faite par le prêteur; et il eût encore été plus juridique et plus équitable de décider que l'emprunteur doit la valeur lors du jugement, car c'est à ce moment que le prêteur doit se procurer les denrées dont il a besoin (1).

La disposition de l'article 1903, contraire au droit et à l'équité, devient encore plus inique si l'on admet l'interprétation de la plupart des auteurs. Dans cette opinion, l'emprunteur n'a pas besoin d'invoquer l'impossibilité où il se trouve de rendre les choses en nature; il ne les rend pas, parce que tel est son bon plaisir. C'est lui permettre de spéculer aux dépens du prêteur, dans le cas où la convention n'a pas réglé expressément le temps et le lieu de la restitution; le prix des denrées a-t-il baissé depuis le jour du contrat, l'emprunteur restituera en nature; le prix a-t-il haussé, il payera la valeur lors du prêt. Nous constatons la conséquence qui découle de l'opinion générale, parce qu'elle témoigne contre cette opinion.

508. Il s'est présenté, dans l'application des principes que nous venons d'exposer, une difficulté singulière. Prêt de cent actions du chemin de fer du Nord, avec faculté pour l'emprunteur d'en disposer, et avec obligation de les restituer dans dix-huit jours. La restitution n'eut pas lieu au terme stipulé, 15 novembre 1847 : à ce moment les actions étaient cotées au cours moyen de 568 francs 75 centimes. Après avoir vainement réclamé la restitution des actions par correspondance, le prêteur intenta une action en justice, le 23 août 1848. L'emprunteur lui offrit alors 100 actions au cours du jour; le prêteur refusa, à raison de la dépréciation que les actions avaient subie; il soutint que l'emprunteur devait lui rembourser la valeur des actions au terme convenu, c'est-à-dire 568 francs

(1) Voyez, en sens divers, Troplong, nos 287-296; Pothier, *Du prêt de consommation*, nos 40 et 41; Aubry et Rau, t. IV, p. 600, note 5, § 395 (4e édition).

75 centimes par action. Etait-ce le cas d'appliquer l'article 1903? L'emprunteur le contestait : la loi, dit-il, est faite pour le cas où l'emprunteur se trouve dans l'impossibilité de rendre la chose en nature; or, dans l'espèce, l'emprunteur offrait la restitution en nature. Le tribunal de la Seine ordonna la remise des actions au prêteur, dans la huitaine de la signification du jugement, et au cours du jour de cette remise; mais, considérant que l'emprunteur avait causé un préjudice au prêteur, en ne restituant pas les actions au jour fixé par la convention, il le condamna à payer, à titre de dommages-intérêts, la somme formant la différence entre le cours du 15 novembre 1847 et celui du jour où il ferait la remise.

Sur l'appel, la cour condamna l'emprunteur à restituer, non pas les actions au cours du jour de la remise avec dommages-intérêts, mais la valeur de ces actions au cours du 15 novembre 1847. Le résultat était le même, mais le mode de restitution différait. Ecoutons les motifs de la cour. L'emprunteur, dit-elle, doit rendre les choses en même qualité. Qu'est-ce que la qualité d'une action industrielle? Les actions n'ont d'autre qualité que celle que leur donne la valeur vénale au cours du jour où la restitution doit se faire. Il suit de là que l'emprunteur est dans l'impossibilité de rendre les actions en même qualité, lorsque le cours du jour de la restitution réelle est différent du cours du jour de la restitution obligée. Donc, dans l'espèce, l'emprunteur était dans l'impossibilité de rendre des actions de même qualité, partant, il devait en rendre la valeur, au cours du jour où la restitution devait s'opérer, c'est-à-dire au 15 novembre 1847.

Pourvoi en cassation. La cour prononça un arrêt de rejet, en décidant que l'arrêt attaqué avait fait une juste application des articles 1902, 1903 et 1904 (1). Cette décision nous laisse quelque doute. Est-il vrai de dire que la *qualité* d'une action consiste dans la valeur qu'elle a au cours de la Bourse? N'est-ce pas confondre la *qualité* avec la *valeur* de la chose? Toutes les denrées ont une

(1) Rejet, 3 juin 1850 (Dalloz, 1850, 1, 201).

valeur variable, de hausse et de baisse, aussi bien que les actions; il n'y a donc, sous ce rapport, aucune différence à faire entre les actions et les denrées. A vrai dire la qualité d'une action se confond avec son espèce : quand des actions du Nord sont données en prêt, l'emprunteur doit rendre des actions du Nord; en rendant des actions du Nord, il rend ce qu'il a reçu, une valeur variable par sa nature, mais il en est de même des denrées. On ne peut pas dire que si l'action baisse, l'emprunteur est dans l'impossibilité de la rendre, puisqu'elle n'a plus la même qualité, elle conserve sa qualité de valeur variable dans les mains de l'emprunteur, comme elle l'aurait conservée dans les mains du prêteur, s'il n'y avait pas eu de prêt. Le prêteur ne peut donc pas se plaindre en cas de baisse, car l'action aurait également baissé s'il ne l'avait pas prêtée. Mais l'action peut aussi monter; si elle monte, il faudra dire avec la cour de cassation qu'elle n'a plus la même qualité, que la restitution ne peut pas se faire en nature, que, par conséquent, il y a lieu de restituer la valeur au cours du jour où la restitution doit s'opérer; si l'emprunteur restitue au jour fixé par le contrat, le débat n'a aucun intérêt, puisqu'il peut immédiatement acheter des actions au cours du jour, avec la somme qui représente ce cours. Cela prouve que la prétendue impossibilité est une fiction. Dans l'espèce, la restitution, qui devait se faire au 15 novembre 1847, se fit deux ans plus tard, puisque l'arrêt de la cour d'appel est du 29 novembre 1849. Supposons que, dans ce long délai, les actions eussent continué à monter, qu'est-ce que l'emprunteur aurait restitué, dans le système consacré par la jurisprudence? Il aurait dit que les actions n'ayant plus la même qualité, il était dans l'impossibilité de les restituer en nature; partant, il aurait invoqué l'article 1903, en offrant au prêteur la valeur des actions au 15 novembre 1847, valeur beaucoup moindre que celle que les actions avaient, dans notre supposition, au 29 novembre 1849; et s'il est vrai que la valeur d'une action en constitue la qualité, le prêteur aurait eu, en 1849, des valeurs différentes de celles qu'il avait prêtées : cela nous paraît contradictoire.

Il nous semble que le tribunal de la Seine avait mieux jugé en ordonnant la restitution des actions. Qu'elles montent ou qu'elles baissent, les actions restent toujours identiques, la restitution peut donc toujours s'en faire en nature; si elles baissent, le prêteur sera en perte, si elles montent, il profitera de la hausse, sans qu'on puisse dire qu'il perd ou qu'il gagne par suite du prêt; cela tient à la nature variable de la chose prêtée : il a prêté une valeur variable, on lui rend une valeur variable. Autre était la question de savoir si le prêteur avait droit à des dommages-intérêts, par le motif que l'emprunteur n'avait pas restitué la chose au jour convenu. Sur ce point, à notre avis, le tribunal avait mal jugé en accordant au prêteur, à titre de dommages-intérêts, le montant de la différence entre le cours des actions lors de la restitution obligée et le cours lors de la restitution réelle. C'était le cas d'appliquer l'article 1904, que nous examinerons plus loin.

509. Nous avons supposé jusqu'ici que le prêt de consommation a pour objet des denrées. D'ordinaire la chose prêtée est une somme d'argent. La loi contient une disposition spéciale sur la restitution de l'argent prêté. Nous avons déjà expliqué l'article 1895, en traitant du payement. Le principe que la loi suit, dans ce cas, est tout différent de celui qui régit la restitution des denrées. Les articles 1892 et 1902 prescrivent la restitution en même quantité, espèce et qualité; la loi ne parle pas de la valeur (n° 505); l'article 1895, au contraire, pose le principe que l'emprunteur d'une somme d'argent restitue la somme numérique portée au contrat, en espèces ayant cours au moment du payement; de sorte que s'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces, il paye d'après la valeur légale des espèces; ainsi la loi ne tient compte que de cette valeur, lors de la restitution, sans considérer si la valeur légale des espèces payées répond à la valeur intrinsèque de l'or ou de l'argent lors du prêt. On a critiqué ce mode de restitution, et avec raison. Si le poids de la pièce d'un franc vient à être abaissé de 5 grammes à 4, le débiteur pourra donner en payement des pièces ainsi réduites, bien qu'il rende un cinquième de moins que ce

qu'il a reçu. Libre à l'Etat de faire de ces honteuses spéculations qui, en réalité, constituent une banqueroute partielle, mais si l'Etat manque à ses engagements, ce n'est pas une raison pour autoriser les particuliers à manquer aux leurs (1). Heureusement que les gouvernements deviennent plus sages ; ils ont fini par se convaincre que c'était un mauvais moyen de s'enrichir que d'altérer la valeur des monnaies, ce qui revient presque à fabriquer de la fausse monnaie.

510. L'article 1896 ajoute : « La règle portée en l'article précédent n'a pas lieu si le prêt a été fait en lingots. » Boutteville, dans son rapport au Tribunat, explique la raison de la différence que la loi établit entre la restitution d'une somme d'argent et la restitution d'un prêt fait en lingots. Quand il s'agit d'un prêt d'argent, les pièces fournies par le prêteur à l'emprunteur ne sont pas identiquement celles que le débiteur s'oblige à rendre, mais pareille somme que celle énoncée au contrat, et la somme se restitue naturellement en espèces ayant cours au jour convenu pour la restitution ; le prêteur ne peut pas se plaindre que les espèces qu'on lui rend ont une valeur intrinsèque moindre que celle des espèces qu'il a données à l'emprunteur, car le prêt ne porte pas sur les espèces, il a pour objet une somme, et cette somme, on la lui rend. Si, au contraire, le prêt consiste en lingots, le prêt porte sur une marchandise ayant une valeur intrinsèque, laquelle doit être rendue en même quantité et qualité, comme toute marchandise ou denrée ; on rentre donc dans la règle générale du prêt de consommation. J'emprunte deux marcs d'argent à tel titre ; lors du contrat, le marc vaut cinquante francs ; l'argent, comme toute marchandise, a un cours variable ; lors de la restitution, le marc peut valoir cinquante-deux francs ou quarante-huit francs ; cette valeur en plus ou en moins n'est pas prise en considération, la qualité de l'argent, c'est-à-dire le titre, est le seul élément dont on tienne compte. Ainsi, dans le système du code, l'argent en lingots est une marchan-

(1) Pont, *Des petits contrats*, t. I, p. 91, nº 210.

dise, et il cesse d'être une marchandise quand il est monnayé (1).

511. « Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la demande en justice » (art. 1904). La loi applique au prêt le principe qu'elle établit dans l'article 1153, sur les dommages-intérêts que le débiteur doit dans les obligations qui ont pour objet une somme d'argent; ces dommages-intérêts consistent dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi; ils sont donc fixes, tandis que dans les autres obligations ils varient d'un cas à un autre, d'après la perte que le créancier a faite et le gain dont il a été privé. Nous avons dit la raison de ce principe en expliquant l'article 1153; il offre au créancier cet avantage, qu'il a droit aux intérêts moratoires, sans qu'il soit tenu de justifier d'aucune perte; mais le principe a aussi un grand désavantage pour le créancier, c'est qu'il peut n'être pas indemnisé de la perte qu'il éprouve par l'intérêt légal qu'il reçoit. On a critiqué, sous ce rapport, la disposition de l'article 1904; pour la justifier, on dit qu'elle est pratique (2); il est vrai qu'elle évite les difficultés de la preuve, les longueurs et les frais des procédures, mais la justice va encore avant la facilité que les parties trouvent dans une règle qui tranche la contestation; après tout les difficultés de la preuve regardent les parties intéressées, si elles veulent s'y soumettre, pourquoi le législateur leur impose-t-il une règle qui les lèse?

On demande à quels cas s'applique la disposition de l'article 1904. Quand le prêt a pour objet une somme d'argent, on comprend que le législateur s'en tienne à la règle générale qu'il a établie dans l'article 1153. Mais le prêt peut aussi avoir pour objet des denrées, des marchandises; si le débiteur ne les rend pas au terme convenu, la perte que le créancier éprouve peut être beaucoup plus grande que celle de l'intérêt légal de la somme qui représente la valeur des denrées; devra-t-il néan-

(1) Boutteville, Rapport, n° 6 (Locré, t. VII, p. 281). Duranton, t. XVII, p. 632, n° 576. Duvergier, p. 213, n° 176.

(2) Troplong, *Du prêt*, n° 301.

moins se contenter de cet intérêt? L'affirmative n'est pas douteuse; le texte de l'article 1904 décide la question; il ne parle pas d'une *somme* prêtée; il porte que l'emprunteur doit l'intérêt s'il ne rend pas les *choses* prêtées au terme convenu; le mot *choses* comprend les denrées et marchandises. Sous ce rapport l'article 1904 est une extension de la règle que l'article 1153 établit (1). On a essayé de limiter l'article 1904 au prêt qui a pour objet une somme d'argent, mais cette interprétation est en opposition avec le texte du code. Aubry et Rau ont abandonné, dans leur dernière édition, l'opinion qu'ils avaient enseignée d'après Zachariæ (2).

CHAPITRE IV.

DU PRÊT A INTÉRÊT.

512. Aux termes de l'article 1905, « il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières ». La loi entend par *simple prêt* le prêt de consommation; c'est l'expression employée par l'article 1874. Il suit de là que le prêt à intérêt n'est qu'une modification du prêt de consommation; gratuit de sa nature, il peut devenir intéressé. Est-ce à dire que le prêt à intérêt ait absolument les mêmes caractères que le prêt de consommation? Non; d'abord il cesse d'être un contrat de bienfaisance, pour devenir un contrat à titre onéreux, ou commutatif; nous avons dit plus haut les conséquences qui résultent de cette différence (n° 501). Ne faut-il pas aller plus loin et

(1) Pont, *Des petits contrats*, t. I, p. 96, n° 219. Pont attribue à tort l'opinion contraire à Duranton (t. XVII, p. 651, n° 590).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 600, note 6, § 395 de la 4e édition.

dire que le prêt à intérêt est un contrat synallagmatique, tandis que le simple prêt est un contrat unilatéral? La négative, généralement enseignée, n'est point douteuse. L'article 1102 porte que le contrat est bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres; or, l'emprunteur contracte une obligation nouvelle lorsque l'acte stipule qu'il devra payer les intérêts; mais le prêteur n'est pas plus obligé dans le prêt à intérêt que dans le prêt simple. Il est vrai que le prêt fait sous forme de rente est soumis à la condition résolutoire tacite, dans les cas prévus par l'article 1912, et comme la condition résolutoire tacite n'est sous-entendue que dans les contrats synallagmatiques, on pourrait en induire que la loi considère le prêt à intérêt comme un contrat synallagmatique. Si cet argument était décisif, il faudrait en induire que tout prêt de consommation est un contrat synallagmatique, et il faudrait même étendre cette conséquence au prêt à usage, puisque la loi semble imposer des obligations au prêteur dans le commodat aussi bien que dans le prêt de consommation. Nous avons enseigné le contraire; l'article 1912 ne peut pas changer la nature des choses en transformant en bilatéral un contrat qui est unilatéral en vertu de la définition même du code civil. La loi aurait pu sous-entendre la condition résolutoire dans tout contrat, unilatéral ou bilatéral; elle a donc pu étendre à un contrat unilatéral, le prêt à intérêt sous forme de rente, le principe de la condition résolutoire tacite, sans pour cela transformer ce contrat en contrat bilatéral.

513. L'article 1905 dit qu'il est *permis* de stipuler des intérêts pour simple prêt. Cela implique que la stipulation d'intérêts n'a pas toujours été permise; en général, la loi ne dit point ce qu'elle permet, car, en matière de contrats, elle permet tout, sauf ce qui est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. En disant qu'il est permis de stipuler des intérêts, le code consacre définitivement le principe déjà établi par la législation révolutionnaire, mais il déroge aussi à la tradition catholique. La charité chrétienne et le spiritualisme chrétien ont conduit les

Pères de l'Eglise et les conciles à réprouver le prêt à intérêt. Nous avons rapporté ailleurs les passages des saints Pères (1); on peut les lire dans la préface, plus complète, de Troplong; ils vont jusqu'à traiter de voleurs, de brigands et de parricides les créanciers qui prêtent de l'argent à intérêt. Ces excès ne sont plus que de l'histoire: nos catholiques modernes ne savent même plus de quel esprit ils procèdent, et ils ignorent leur propre tradition: ne les a-t-on pas entendus, dans un congrès catholique, proposer de christianiser les capitaux? S'il s'agissait d'une doctrine philosophique, cette révolution dans les sentiments et les idées n'aurait rien que de naturel; les hommes, sujets à erreur, sont aussi perfectibles. Mais l'Eglise a la prétention d'être infaillible, et elle vient de reconnaître à son chef ce privilége qui n'appartient qu'à Celui qui est la perfection. Il n'est pas inutile de constater que tous ces prétendus infaillibles, papes et conciles, se sont grossièrement trompés en proscrivant comme illicites des conventions qui ne sont que l'usage légitime de la propriété. Ici, comme en toutes choses, l'histoire donne un démenti à l'orgueilleuse prétention de l'Eglise. Ce qui rend ce démenti encore plus cruel, c'est qu'il remonte à celui que, dans son ambition intéressée, l'Eglise a déifié afin d'asseoir son autorité sur l'autorité même de Dieu. C'est à titre de droit divin que les papes et les conciles ont interdit le prêt à intérêt; et il se trouve que le droit divin, invoqué pendant des siècles, n'est qu'une erreur séculaire.

L'histoire nous offre encore un autre enseignement en cette matière. Ceux-là mêmes qui condamnent les excès du spiritualisme chrétien font honneur au christianisme des sentiments de charité et de perfection morale qui l'ont inspiré. C'est une autre erreur et une illusion également dangereuse. L'homme est un être essentiellement imparfait; quand on veut lui imposer la perfection, on fait violence à sa nature, ce qui conduit fatalement à un excès contraire. Au moyen âge, on comparait les moines à des

(1) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. IV et VII.

anges; en effet, ils semblaient vivre d'une vie angélique, pratiquant la chasteté et réprouvant tout intérêt personnel, à ce point que les plus parfaits condamnaient jusqu'à la propriété collective de la communauté. On a vu, et l'on voit encore ces parfaits à l'œuvre, et il se trouve que ces anges de pureté sont des démons d'impureté. Il en est de même de la réprobation de la propriété et du prêt à intérêt. Si l'on avait pris au sérieux la perfection évangélique, la vie de l'humanité se serait arrêtée, la perfection aurait abouti à la mort. Les jurisconsultes, esprits essentiellement pratiques, en ont fait la remarque. Coquille dit que les enseignements et les règles de l'Eglise étaient contraires à la conservation de la société humaine (1). En effet, les théologiens, dans leur spiritualisme insensé, allaient jusqu'à réprouver tout commerce comme maudit de Dieu; si on les avait écoutés, on aurait chassé du temple tous ceux qui achetaient pour revendre (2)!

A quoi aboutit cette sublime perfection? Aux plus misérables supercheries. Il fallait concilier les exigences de la vie réelle avec les prohibitions du droit divin. Que fit-on? On éluda les prohibitions des canons et des lois civiles par des combinaisons qui seront une honte éternelle pour la théologie catholique. Nous renvoyons le lecteur à Pascal et à ses immortelles invectives contre les jésuites, qui se prétendaient les disciples par excellence de Jésus-Christ. Ce ne sont pas les hommes qu'il faut flétrir, c'est la doctrine. Montesquieu dit que « les lois extrêmes dans le bien font naître les maux extrêmes (3). » Cette parole profonde est la condamnation du célibat et la condamnation de la charité chrétienne qui, dans son exagération, détruit toute vie individuelle, c'est-à-dire le germe et le principe du perfectionnement.

514. La stipulation d'intérêts est permise dans tout prêt, soit d'argent, soit de denrées ou autres choses mobilières. Mais, pour que l'intérêt soit dû, il faut qu'il soit

(1) Guy Coquille, sur la coutume du Nivernais, tit. II, art. 15.
(2) Voyez la doctrine d'Henri de Gand, dans Troplong, Préface, p. LVI et suiv.
(3) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XXII, chap. XXI.

stipulé. C'est une conséquence du principe que le prêt à intérêt est un prêt de consommation; or, le prêt est un contrat de bienfaisance, gratuit de sa nature; il ne devient intéressé que par la stipulation des parties contractantes. Que faut-il entendre par stipulation? Faut-il une clause expresse pour que l'emprunteur doive payer les intérêts? La loi ne l'exige point; le mot *stipuler* dont se sert l'article 1905 est synonyme de contracter ou de convenir; il se dit du créancier qui acquiert un droit, de même que le mot *promettre* se dit du débiteur; les deux expressions marquent le concours de consentement qui est nécessaire pour qu'il se forme un contrat. Ainsi tout ce que le code veut, c'est que les parties consentent; or, la loi ne prescrit aucune forme pour l'expression du consentement. Seulement on peut soutenir que le consentement doit être exprès. En effet, la stipulation d'intérêts est une exception à la règle en vertu de laquelle le prêt est gratuit; or, toute exception doit être stipulée, en ce sens qu'elle ne peut résulter que d'une clause du contrat. Cela même est douteux. Tout ce que l'on peut exiger, c'est une convention; or, la convention peut être tacite, aussi bien qu'expresse. Dès que la volonté est clairement prouvée, cela suffit.

515. La jurisprudence est hésitante, plutôt restrictive que favorable à la stipulation d'intérêts. Cette tendance n'est pas en harmonie avec l'esprit de la loi; on ne peut pas dire qu'elle voie avec défaveur la stipulation d'intérêts; elle réagit, au contraire, contre une législation défavorable. Rien n'est plus licite que la stipulation d'intérêts, et rien n'est plus naturel, car les libéralités ne se présument point. On aurait donc pu poser en principe que tout prêt d'argent oblige l'emprunteur à payer les intérêts de la somme prêtée. Par la même raison, on doit admettre facilement que le prêteur ne livre pas ses capitaux sans stipuler les intérêts comme compensation de la jouissance dont il se prive. Nous citerons quelques applications sur lesquelles il y a controverse.

Le contrat porte stipulation d'un terme avec cette clause : *sans intérêts pendant ce temps*. Si l'emprunteur ne paye

pas à l'échéance, les intérêts courront-ils de plein droit, en ce sens qu'il ne faut pas une stipulation nouvelle, ni une demande judiciaire pour les faire courir? Jugé négativement par la cour d'Agen, par le motif que les intérêts ne courent qu'en vertu d'une stipulation. Sans doute, mais la question est précisément de savoir s'il y a stipulation dans la clause litigieuse. Dire que l'emprunteur ne payera pas d'intérêts s'il rembourse le capital à l'échéance du terme, n'est-ce pas dire qu'il doit les intérêts après l'échéance s'il ne le rembourse pas? Il est si vrai que tel est le sens naturel de la clause portant *sans intérêts pendant ce temps*, que la cour d'Agen avoue que la clause devient inutile si on l'interprète comme elle le fait; or, peut-on interpréter les conventions de manière à ne leur donner aucun effet (art. 1157)? Il faut une stipulation *formelle*, dit la cour, et, dans le doute, on se prononce pour le débiteur (art. 1162) (1). Nous répondons que la cour ajoute à la loi; l'article 1905 ne dit point qu'il faille une stipulation *formelle*; il y a plus, le but de l'article n'est point de déterminer comment la stipulation d'intérêts doit se faire, mais de déroger à l'ancien droit, en sanctionnant une faculté naturelle que le droit canonique refusait aux parties contractantes; elle accorde une faculté, elle n'impose pas une restriction. Quant à la maxime que, dans le doute, la convention s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, elle suppose qu'il y a doute; et c'est précisément là la question. Si, comme nous le soutenons, la clause litigieuse signifie que le débiteur doit payer les intérêts après l'échéance, il n'y a plus de doute; la cour décide donc la question par la question.

Il y a des arrêts en sens contraire. On lit dans un arrêt de la cour de Toulouse : « Convenir que les intérêts ne seront point payés jusqu'à une époque déterminée, c'est déclarer qu'ils sont dus, mais que la perception en est suspendue tant que le délai fixé n'est point expiré; de sorte que, par le seul effet de l'échéance du terme, les

(1) Agen, 19 juin 1824 et 19 mars 1833; Bourges, 28 mai 1827 (Dalloz, au mot *Prêt à intérêts*, nº 25).

intérêts doivent être payés. » La cour de Bordeaux s'est prononcée dans le même sens (1).

516. L'emprunteur s'oblige par la convention de rembourser le capital dans un délai déterminé, et d'en payer l'intérêt jusqu'à cette époque. Il ne rembourse pas : devra-t-il les intérêts à partir de l'échéance, sans convention nouvelle et sans demande judiciaire? A notre avis, l'affirmative est certaine; c'est l'opinion de Merlin (2). Dans ce cas, il est certain que les intérêts sont stipulés; ils courent, en vertu de la convention, jusqu'à telle époque fixée pour le remboursement. Doivent-ils cesser de courir, en vertu de la convention primitive, à partir de cette époque? Il faut une interprétation plus que judaïque pour le décider ainsi. La clause porte : *avec intérêts jusqu'à cette époque*; donc, dit-on, *sans intérêts après cette époque*. C'est s'attacher à la lettre pour faire dire aux parties le contraire de ce qu'elles ont voulu dire. En stipulant que le remboursement se fera dans un an, et que l'emprunteur payera les intérêts jusque-là, les parties entendent que le débiteur payera les intérêts pendant la durée du prêt; dans leur pensée, le prêt doit cesser après une année, donc les intérêts doivent aussi cesser de courir. Conclura-t-on de là que, si le prêt continue, faute par le débiteur de remplir ses obligations, il ne devra plus les intérêts? Cela n'a point de sens. Il y a cependant des arrêts en faveur de l'opinion contraire. La présomption, dit la cour de Bourges, quelle qu'elle puisse être, ne peut suppléer la convention exigée par la loi. Qui donc invoque une présomption? Nous invoquons le texte et l'esprit du contrat. Les intérêts, dit la cour de Bordeaux, n'étant stipulés que pour deux ans (dans l'espèce), ils ne peuvent être exigés, après ce délai, qu'en vertu d'une nouvelle convention ou d'une demande judiciaire(3). Il n'est pas exact de dire que l'intérêt n'est sti-

(1) Toulouse, 19 janvier 1844; Bordeaux, 28 mai 1832 et 11 avril 1839 (Dalloz, au mot *Prêt à intérêts*, n° 27).

(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Prescription hypothécaire*, § I (t. VIII, p. 324).

(3) Bourges, 25 avril 1826; Bordeaux, 2 mai 1826 (Dalloz, au mot *Prêt à intérêts*, n° 29, 1° et 2°), et 1er mars 1832 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 1057, 2°).

pulé que pour deux ans ; ce délai est celui de la durée du prêt; dire que les intérêts sont dus pendant deux ans, alors que le prêt doit cesser après les deux ans, c'est dire que le débiteur payera les intérêts pendant la durée du prêt ; le terme de deux ans n'a donc rien de restrictif, c'est une conséquence de la durée du prêt : le prêt continuant, les intérêts continuent aussi. Peut-on même supposer une intention contraire aux parties contractantes? Le prêteur n'a voulu avancer ses capitaux que moyennant intérêt ; il a voulu être remboursé dans deux ans; donc la volonté bien certaine des parties contractantes est que l'emprunteur ne jouisse des capitaux qu'en payant la jouissance. Et cependant on décharge le débiteur du payement des intérêts, parce qu'il ne remplit pas l'obligation qu'il a contractée de rembourser la somme prêtée !

517. Y a-t-il exception au principe de l'article 1905 en matière commerciale? On enseigne qu'en matière de commerce les intérêts sont dus sans stipulation, lorsque l'obligation de les payer résulte, soit de la nature de la convention, soit de l'usage des lieux ; et Massé ajoute qu'aucune loi ne soumet à une forme particulière la preuve de la stipulation d'intérêts (1). La question étant étrangère à notre travail, nous nous contenterons de répondre que le droit civil est le droit commun, partant le prêt commercial est soumis à la règle de l'article 1905 ; le législateur aurait sans doute pu et dû admettre une exception pour les prêts faits par les commerçants, puisque ces conventions sont de leur nature intéressées, mais il ne l'a pas fait ; dès lors la règle civile doit recevoir son application. L'usage que l'on invoque a sans doute une grande influence dans les matières commerciales, mais c'est seulement dans le silence du code ; personne ne soutiendra que les usages de commerce aient la puissance de déroger à la loi. Reste la question de preuve, que l'on a tort de confondre avec la question de savoir s'il faut une convention pour faire courir les intérêts. La preuve de la stipulation d'intérêts

(1) Pardessus, *Droit commercial*, t. II, n° 470 ; Massé, *Droit commercial*, t. IV, n° 1691). En sens contraire, Pont, t. I, p. 111, n° 250, et la jurisprudence (*ibid.*, p. 112, note 1).

reste sous l'empire du droit commun, sauf la dérogation que l'article 1907 y apporte en ce qui concerne la fixation du taux de l'intérêt conventionnel; nous y reviendrons. Autre est la question de savoir s'il faut une convention; l'article 1905, conforme en cela aux principes généraux de droit, implique qu'il faut une stipulation; cette règle est générale, donc applicable aux conventions commerciales: cela décide la question.

518. Quand il y a une stipulation d'intérêts, la preuve du payement des intérêts se fait d'après le droit commun. L'article 1908 déroge aux principes généraux sur la preuve dans le cas où le créancier a donné quittance du capital sans réserve des intérêts; cette quittance fait présumer le payement des intérêts et en opère la libération. En général, le débiteur qui prétend avoir payé les intérêts en doit faire la preuve; dans le cas de l'article 1908, il est dispensé de la preuve, puisque la loi établit en sa faveur la présomption de libération; et la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe (art. 1352). Quel est le fondement de cette présomption? Comme toute présomption, elle repose sur une probabilité. Quand le créancier a droit au capital et aux intérêts, il est intéressé à ce que les intérêts soient payés avant le capital, parce que le capital non soldé produit des intérêts; tandis que les intérêts échus ne produisent des intérêts que par une demande judiciaire ou par une nouvelle convention, et sous la condition qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière (art. 1154). De plus les intérêts se prescrivent par cinq ans (art. 2275), tandis que le capital ne se prescrit que par trente ans (art. 2262). La loi elle-même tient compte de ces différences qui existent entre le capital et les intérêts, en disposant que le payement fait sur le capital et les intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts. A plus forte raison doit-elle présumer que le créancier ne donnera pas quittance du capital quand les intérêts lui sont encore dus, parce qu'il est contraire à toute probabilité que le créancier impute le payement sur le capital, alors que les intérêts ne seraient pas payés.

Cette présomption admet-elle la preuve contraire? La question est controversée. D'après l'article 1352, nulle preuve n'est reçue contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice. Il s'agit de savoir si l'on peut dire que la loi dénie l'action en justice. A notre avis, l'affirmative n'est pas douteuse. Tout le monde admet que, dans le cas prévu par l'article 1282, la preuve contraire n'est pas admise contre la présomption de libération que la loi établit en faveur du débiteur, lorsque le créancier lui remet volontairement le titre original sous signature privée qui constate la dette; la raison en est que dans ce cas la loi dénie l'action en justice au créancier, non pas qu'il lui soit défendu d'agir contre son débiteur, mais, s'il le poursuit, il sera repoussé par l'exception résultant de la présomption; cette exception est péremptoire, puisque la loi dit qu'il y a preuve de la libération. Il en doit être de même dans le cas prévu par l'article 1908, puisque la loi dit aussi que la quittance, sans réserve des intérêts, *opère la libération* (1). On objecte que c'est forcer le sens des mots que de dire que la loi, en établissant une présomption de libération, dénie l'action en justice; il faudrait, dit-on, une disposition *formelle* qui, sans *équivoque aucune*, dénie l'action en justice, pour que l'exception de l'article 1352 fût applicable (2). Notre réponse est simple et décisive; interpréter ainsi la disposition de l'article 1352, c'est l'effacer du code, car la loi ne dénie jamais en termes formels l'action en justice.

En disant que la preuve contraire n'est pas admise, il faut faire une exception pour le serment et l'aveu, d'après l'article 1352, comme nous l'avons expliqué au titre des *Obligations;* cela corrige ce que l'article 1352, appliqué au cas prévu par l'article 1908, paraît avoir de trop rigoureux.

519. L'article 1908 suppose que le débiteur paye toute

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 602, note 8, § 396. Troplong, n° 414. Mourlon, t. III, p. 390, n° 987.

(2) Duranton, t. XVII, p. 672, n° 606. Duvergier, p. 353, n° 260. Pont, t. I, p. 148, n° 320.

la dette en capital, et que le créancier donne quittance du capital sans qu'il soit question des intérêts. En faut-il conclure que la loi ne reçoit pas d'application au payement partiel de la dette? Le cas s'est présenté devant la cour de cassation. Dans l'espèce, une somme de 30,000 fr. avait été payée sur un prix de vente; 20,000 francs restaient dus quand l'acheteur tomba en faillite. La vente fut résolue, et l'on procéda aux restitutions; le vendeur restitua les 30,000 francs qu'il avait reçus. On soutint qu'il devait aussi restituer les intérêts des 20,000 francs qui étaient présumés payés, en vertu de l'article 1908. La cour de Montpellier jugea que la présomption de l'article 1908 n'était pas applicable à l'espèce, puisqu'elle suppose une quittance du prix sans réserve des intérêts; or, il n'y avait pas de quittance, et il ne pouvait y en avoir des 20,000 francs non payés; dès lors le débiteur ne pouvait invoquer la présomption légale; il y avait donc lieu d'appliquer les principes généraux qui régissent la preuve: le débiteur, n'ayant pas de présomption en sa faveur, devait prouver directement qu'il avait payé les intérêts de la partie du prix qui restait due. Cette décision a été critiquée à tort, suivant nous (1). On dit qu'en principe, lorsqu'une partie seulement du prix est payée, le créancier est justement et naturellement porté à faire l'imputation de ce qu'il reçoit, d'abord sur les intérêts échus, sans distinction aucune entre les intérêts correspondant à la partie encore due de sa créance et ceux qui proviennent de la portion qu'il reçoit. Cela est vrai, car l'utilité n'est pas moindre pour lui de procéder ainsi, dans le cas d'un payement partiel que dans le cas d'un payement intégral. Mais de ce que la chose est probable, va-t-on conclure qu'elle est présumée? C'est confondre les présomptions de l'homme avec les présomptions de la loi. Les présomptions légales ne peuvent jamais être étendues, fût-ce par raison d'analogie. Or, ce serait étendre la présomption de l'article 1908, qui suppose une quittance de la dette sans réserve d'intérêts, que de l'appliquer à un cas où il n'y a pas de quit-

(1) Rejet, 8 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 244).

tance et où il ne peut pas y en avoir ; or, c'est sur le fait que le créancier donne quittance, sans réserver les intérêts, que la loi fonde la présomption du payement de ces intérêts. Donc la raison de la présomption fait défaut, aussi bien que le texte, dans le cas d'un payement partiel.

520. Il s'est présenté une autre difficulté concernant la preuve. Un acte de prêt n'indique pas la date du versement de la somme prêtée ; de là procès pour savoir à partir de quel jour les intérêts seront dus. Le prêteur demanda à établir par présomptions le moment où la somme avait été comptée. Il y avait un motif de douter, non pas à raison de la preuve par présomptions que le prêteur alléguait, car il s'agissait d'une matière commerciale, laquelle admet la preuve testimoniale et, par conséquent, les présomptions indéfiniment, c'est-à-dire alors même que l'objet du litige dépasse la somme de 150 francs. Mais on soutenait que, d'après le droit commun, auquel le droit commercial ne déroge point, la preuve testimoniale et, par conséquent, les présomptions n'étaient pas admises, parce qu'il s'agissait de prouver contre et outre le contenu en l'acte : en toute matière, disait-on, lettres passent témoins. Cela est vrai. Mais est-ce que, dans l'espèce, on pouvait dire que les présomptions étaient invoquées contre et outre le contenu en l'acte? Non, il s'agissait d'un fait que l'acte ne constatait point et qu'il ne pouvait pas constater, puisqu'il n'était pas accompli au moment où l'écrit avait été dressé, les fonds prêtés n'ayant été versés que postérieurement à l'acte ; donc le principe que lettres passent témoins n'était pas applicable. Partant on restait sous l'empire du droit commun qui admet les présomptions en matière commerciale. La cour de cassation l'a jugé ainsi (1), et cela ne nous paraît pas douteux (comparez t. XIX, n° 483).

521. Le débiteur ne paye pas les intérêts qu'il doit ; il ne remplit donc pas l'obligation qu'il a contractée. On demande si, dans ce cas, le prêteur peut exiger la restitution du prêt avant l'époque convenue. C'est demander si la condition résolutoire tacite est sous-entendue dans les

(1) Rejet, 6 février 1872 (Dalloz, 1872, 1, 253).

contrats unilatéraux. Dans notre opinion, le prêteur n'ayant pas d'obligations, le contrat reste unilatéral ; et nous avons enseigné aussi que la condition résolutoire tacite n'existe que dans lés contrats synallagmatiques. Cela décide la question. L'opinion contraire est cependant de doctrine et de jurisprudence. On invoque l'article 1902, comme argument *a fortiori* (1). Aux termes de cet article, le débiteur d'une rente perpétuelle peut être contraint au rachat s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux ans, ou s'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises dans le contrat. A notre avis, cette disposition est exceptionnelle ; en tout cas, on ne peut pas la considérer comme une application de l'article 1184, donc il faut l'écarter ; car il n'y a pas lieu d'appliquer, par voie d'analogie, une disposition qui déroge au droit commun : ce serait étendre des exceptions, ce qui n'est pas permis à l'interprète.

La cour de Bruxelles s'est prononcée en faveur de l'opinion que nous combattons. Un prêt avait été fait sous la condition que le prêteur, soit par lui-même, soit par un mandataire, aurait le droit de vérifier les livres et l'encaisse de l'emprunteur et d'exiger le bilan de ses affaires et opérations ; l'emprunteur, sommé d'exécuter cette obligation, s'y refusa. Il a été jugé que, le débiteur s'étant refusé à remplir les conditions de la convention, le créancier était fondé à en demander la résiliation (2). La cour ne motive pas sa décision ; c'est supposer que la résolution est de droit commun quand le débiteur ne remplit pas ses obligations. Or, la condition résolutoire, comme toute condition, doit être stipulée, puisque c'est une convention, et il n'y a pas de convention sans concours de consentement. Le seul droit que le créancier tienne du contrat, c'est de contraindre le débiteur à remplir ses obligations, soit directement, quand l'exécution forcée est possible, soit par la saisie et la vente de ses biens. Cela est si vrai, qu'en droit romain la condition résolutoire tacite était inconnue, il fallait la stipuler ; de là le pacte commissoire. Le code

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 602, note 9, n° 396 (4e édition).
(2) Bruxelles, 21 décembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 279).

a sous-entendu ce pacte dans les contrats synallagmatiques; aucun texte, aucun principe ne permettent d'étendre l'article 1184 aux contrats unilatéraux. Cela nous paraît décisif. Pour que le prêteur puisse réclamer la restitution de la chose à raison de l'inexécution des obligations de l'emprunteur, il faut qu'il stipule ce droit. On ne peut pas même dire que ce soit là une condition résolutoire proprement dite, car le contrat n'est pas résolu, la résolution opérant toujours rétroactivement; tandis que, dans l'espèce, le seul effet du pacte est de mettre fin au contrat avant l'époque convenue; il s'agit donc d'un terme plutôt que d'une condition. C'est une raison de plus pour exiger une convention expresse, car il n'y a aucune loi qui admette comme principe que le débiteur perd le bénéfice du terme quand il ne remplit pas ses obligations; la loi ne le déclare déchu du terme que lorsqu'il tombe en déconfiture, ou lorsque, par son fait, il diminue les garanties qu'il avait promises au créancier par son contrat; il s'agit donc d'étendre l'article 1188, et les déchéances ne s'étendent jamais.

Le prêteur peut stipuler que l'emprunteur sera déchu du bénéfice du terme s'il ne paye pas régulièrement les intérêts; cela est incontestable. Il peut même stipuler qu'à défaut de payement d'un seul terme des intérêts, le capital deviendra de plein droit exigible après mise en demeure; la cour de Liége l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux (1). Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations*, sur le pacte commissoire; les principes qui régissent la condition résolutoire, stipulée en cas d'inexécution des obligations du débiteur, s'appliquent, par analogie, au cas où il s'agit de ce qu'on appelle un terme résolutoire.

522. L'article 1906 prévoit le cas contraire : l'emprunteur paye des intérêts qui n'étaient pas stipulés; la loi décide qu'il ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital. Quel est le sens de cette disposition et quel est le cas qu'elle prévoit? Les auteurs ne sont point d'accord.

(1) Liége, 23 mai 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 370).

Il nous semble que les termes de la loi en déterminent le sens quand on les rapproche des principes qui régissent le payement de l'indû. Si je paye ce que je ne dois pas, je puis répéter ce que j'ai payé, en supposant que j'aie payé par erreur. En disant que l'emprunteur ne peut pas répéter les intérêts qu'il a payés, quoiqu'ils ne fussent pas stipulés, la loi décide implicitement que le débiteur a payé ce qu'il devait; ce qui suppose que les intérêts étaient dus en vertu de la convention des parties, quoiqu'ils ne fussent pas stipulés à l'acte ; en d'autres termes, la loi suppose une convention tacite, qui est prouvée par l'exécution que les parties lui donnent, l'emprunteur en payant les intérêts et le prêteur en les recevant. Puisque les intérêts étaient dus, la conséquence en est qu'ils ne peuvent être répétés ni imputés sur le capital.

La plupart des auteurs enseignent que l'article 1906 prévoit le cas où il n'y aurait aucune convention concernant les intérêts; ils supposent que l'emprunteur, par scrupule de conscience et pour ne pas rester l'obligé du prêteur, croit devoir payer des intérêts que réellement il ne doit pas. Cette explication n'est guère admissible. Les scrupules de conscience et les devoirs de délicatesse sont étrangers au droit; la loi n'en peut tenir aucun compte; il n'y a qu'un seul contrat que la loi consacre, quoiqu'il n'ait d'autre mobile que des sentiments moraux, c'est la donation. Il faudrait donc supposer que l'emprunteur, par sentiment de reconnaissance, paye les intérêts et que le prêteur les reçoit à ce titre; il se ferait alors un don manuel. Que telle puisse être l'intention des parties contractantes, cela est incontestable. Mais est-ce bien là le cas que la loi prévoit? Il n'y a pas un mot dans l'article 1906 qui implique l'idée d'une libéralité; et l'on ne pouvait guère supposer que celui qui emprunte par nécessité et à titre gratuit soit dans le cas de faire une libéralité au prêteur, à qui il demande un service. Il était d'ailleurs inutile de prévoir cette hypothèse; le droit commun suffit pour décider que celui qui paye sérieusement ce qu'il ne doit pas, ne peut répéter, puisqu'il ne peut avoir d'autre intention que celle de faire une libéralité sous forme de paye-

ment; il ne peut être question, dans ce cas, de répéter l'indû, car les dons manuels sont des donations, et toute donation est irrévocable. Mais si cela peut se supposer dans le cas du payement d'une somme capitale, cela ne peut guère se supposer quand il s'agit d'un débiteur qui s'est trouvé dans la nécessité d'emprunter. Il y a une autre difficulté dans l'hypothèse d'une libéralité. Est-ce qu'en présence du texte de l'article 1906 les parties intéressées seraient admises à prouver qu'il y a libéralité? Voici l'intérêt de la question. Si le payement des intérêts constitue une libéralité, il y aura lieu au rapport, à la réduction et à la révocation pour cause de survenance d'enfant. L'emprunteur paye des intérêts non stipulés par le contrat : la partie intéressée sera-t-elle admise à prouver que c'est une libéralité? Cela est douteux, car la loi établit une présomption contraire; en refusant à l'emprunteur la répétition, et en n'admettant pas l'imputation sur le capital, elle suppose que l'emprunteur a payé ce qu'il devait; elle lui dénie l'action en justice sur la présomption de ce payement; donc la preuve contraire n'est pas admise aux termes de l'article 1352.

Il y a encore une autre explication de l'article 1906; c'est que l'emprunteur paye une dette naturelle, et celui qui paye volontairement une dette naturelle n'est pas admis à répéter ce qu'il a payé. Cette explication est peu satisfaisante. Celui qui paye ce qu'il ne doit pas ne doit rien, ni naturellement ni civilement. Si l'emprunteur ne doit pas les intérêts en vertu d'une convention tacite, il faudrait dire qu'il peut répéter, et l'on ne voit aucune raison de lui refuser l'action en répétition. La prétendue obligation que l'on invoque ne serait tout au plus qu'un devoir de délicatesse; or, ce n'est pas là une obligation ayant un effet quelconque, en droit (1).

523. Autre est la question de savoir si l'emprunteur qui paye par erreur des intérêts qu'il croyait devoir peut répéter ce qu'il a payé. L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Ce n'est pas là le cas prévu par l'article 1906,

(1) Voyez, en sens divers, Pont et les auteurs qu'il cite, t. I, p. 113, nº 252.

quelle que soit l'explication que l'on admette. Dans notre opinion, la loi suppose que les intérêts étaient dus en vertu d'une convention tacite; s'il n'y a aucune convention, il n'y a pas de dette, donc il y a lieu à répétition. Tel serait le cas où les héritiers de l'emprunteur payeraient les intérêts, dans la fausse persuasion où ils seraient que les intérêts avaient été stipulés. Si l'on admet qu'il y avait dette naturelle, il y aura encore lieu à répétition, car la dette n'a pas été volontairement acquittée (art. 1235). Si l'on suppose que l'emprunteur fait une libéralité par reconnaissance, ce serait un payement fait et accepté dans une intention de libéralité; si donc le payement avait eu lieu sans intention de libéralité, le prêteur aurait payé par erreur, et, par suite, il pourrait répéter (1).

524. Quel est le taux des intérêts que le débiteur doit payer? La législation a varié sur ce point. Le code civil (art. 1907) distingue l'intérêt conventionnel et l'intérêt légal; l'intérêt légal est fixé par la loi; quant à l'intérêt conventionnel, il peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. Le code civil ne le prohibait pas; donc l'intérêt conventionnel était abandonné à la volonté des parties contractantes. Mais la rédaction de l'article 1907 impliquait une réserve; elle suppose qu'il pourra être porté une loi qui défende aux parties de stipuler un intérêt supérieur à l'intérêt légal. On sait que cette loi a été portée trois ans après la publication du code Napoléon, le 3 septembre 1807. La discussion qui a eu lieu au conseil d'État explique l'hésitation que révèle la rédaction de l'article 1907; les membres du conseil étaient divisés; tout en admettant la légitimité de l'intérêt, les légistes craignaient les abus des intérêts excessifs, ils auraient voulu qu'on limitât l'intérêt conventionnel, en défendant aux parties contractantes de dépasser l'intérêt légal. Cette restriction était en opposition avec le principe de liberté consacré par le législateur. S'il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, comme le dit l'article 1905, c'est parce que l'argent est une marchandise

(1) Comparez Duranton, t. XVII, p. 659, nº 600.

dont le prix varie, ainsi que celui des denrées; dès lors la location de l'argent, comme celle de toute marchandise, doit être entièrement libre, le prix variant d'après l'abondance ou la rareté des marchandises; c'est l'offre et la demande qui déterminent le prix de location, comme le prix de vente. De quel droit le législateur interviendrait-il pour forcer le capitaliste de se contenter d'un loyer de 5 p. c., alors que la rareté du numéraire a haussé le prix de l'argent? Ces considérations d'économie politique furent très-bien exposées au conseil d'Etat, entre autres par Berenger. Il commença par rappeler que, dans l'ancien droit, tout prêt à intérêt était réputé usuraire. Ce préjugé a fait place au vrai principe, celui que le code formule dans l'article 1905. Toutefois on l'a ménagé, en établissant un intérêt légal comme un remède contre l'abus du prêt à intérêt; ce qui implique que le prêt à intérêt est un mal contre lequel il faut un remède. L'intérêt est un mal, dit-on, quand il est injuste, et il est injuste quand il est excessif. Les légistes Maleville, Tronchet ne manquèrent point de faire valoir ces motifs pour limiter le taux de l'intérêt. Berenger leur répondit, et la réponse est péremptoire : Un intérêt de 7 p. c. peut n'être pas plus injuste qu'un intérêt de 3, car il est de la nature de l'intérêt d'être variable, comme le montant des loyers, comme toutes les marchandises dont le prix varie d'après les circonstances. Lorsqu'on a fixé l'intérêt à 5 p. c., l'argent n'était employé qu'à l'achat et à l'exploitation des terres; les bénéfices que l'argent pouvait donner étaient donc très-limités; tandis que, dans les temps modernes, l'argent employé dans le commerce et l'industrie procure des bénéfices bien plus considérables. Aujourd'hui, en empruntant à 7 p. c., on peut obtenir des gains beaucoup plus élevés que dans les temps où l'on avait l'argent à 5. Il n'y a donc pas de règle d'une justice absolue pour la fixation de l'intérêt; on ne peut pas plus le déterminer qu'on ne peut fixer un maximum pour le prix des denrées et des marchandises. Berenger ajouta que la loi qui fixerait le taux de l'intérêt conventionnel serait presque toujours violée; imposer aux parties contractantes une limite qui lèse leur

droit, c'est les provoquer à éluder la loi : celui qui peut tirer 6 p. c. de son argent ne le prêtera pas à 5; si néanmoins il prête, en apparence, à 5, parce que la loi l'y contraint, il cherchera, de concert avec l'emprunteur, à se soustraire à la prohibition; c'est habituer les citoyens à violer la loi en l'éludant. Berenger avait raison de dire que rien n'est plus dangereux. Que deviendra la société si les hommes perdent le respect dû aux lois et les violent sans scrupule de conscience, parce qu'elles leur paraissent injustes (1)?

525. Les partisans de la liberté l'emportèrent, mais leur victoire fut incomplète; le texte même de l'article 1907 faisait prévoir qu'une loi nouvelle interviendrait qui mettrait l'intérêt conventionnel en rapport avec l'intérêt légal: tel fut l'objet de la loi du 3 septembre 1807. Il est inutile de faire connaître les motifs de cette loi, qui est abrogée en Belgique. Les légistes, Merlin en tête, approuvèrent les restrictions que la loi apportait à la liberté des parties contractantes (2). Hommes de tradition, les meilleurs jurisconsultes ne parviennent pas à s'affranchir des préjugés qu'ils puisent dans leurs études; la loi se confond facilement, à leurs yeux, avec le droit, et ils considèrent comme raison écrite ce que les anciens ont formulé en textes législatifs. Quand, en 1836, Lherbette attaqua vivement la loi de 1807, le procureur général Dupin s'en fit le défenseur, et il l'emporta à la chambre des députés. En 1862, un excellent économiste, Michel Chevalier, démontra vainement que la loi de 1807 violait tous les principes et ne prévenait aucun mal, l'économie politique succomba de nouveau; et ce fut encore un légiste, le procureur général Dupin, qui obtint la victoire (3).

Cependant un de nos bons jurisconsultes, Duvergier, bien que favorable à des mesures restrictives, avait constaté, dès l'année 1843, que la loi de 1807 manquait complétement son but. La loi de 1807, dit-il, n'a pas tenu les

(1) Séance du conseil d'Etat du 7 pluviôse an XII, n° 21 (Locré, t. VII, p. 269-272).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Intérêts*, § VI, n° 5 (t. XV, p. 452).

3) Voyez les témoignages dans Pont, t. I, p. 120, n° 263.

promesses du code; elle méconnaît ce principe essentiel que l'intérêt est variable; la limite qu'elle pose, les peines qu'elle prononce contre ceux qui la franchissent et qu'elle punit comme usuriers, loin d'être une protection pour les emprunteurs, tournent à leur détriment. Quand les parties sont libres dans leurs conventions, le taux de l'intérêt est déterminé ordinairement en raison de l'abondance ou de la rareté du numéraire, et eu égard à la solvabilité de l'emprunteur. Si la loi leur défend de dépasser l'intérêt légal, les contractants qui ne veulent pas s'y soumettre, le prêteur parce qu'il y perd, l'emprunteur parce qu'il ne peut demander l'argent à 5 p. c. quand il en vaut 6, dissimulent et violent la loi en l'éludant; ils retiennent, au moment du prêt, la partie de l'intérêt qui excède le taux légal, ou l'on fait une vente à réméré, ou des contrats pignoratifs. Toutes ces voies détournées aggravent la position du débiteur. Sans doute il est admis à prouver la fraude à la loi, et les procès ne manquent point sous l'empire de la loi de 1807, mais ces procès tournent encore contre l'emprunteur. Le prêteur, qui court le risque de perdre l'intérêt stipulé et d'être condamné comme usurier, exige une prime contre ces chances auxquelles il s'expose; comme le dit Montesquieu, il fait payer l'emprunteur pour le prix de l'argent et pour le danger des peines de la loi (1).

526. La loi de 1807 a encore produit un autre mal; les tribunaux mêmes ont éludé ses prohibitions. Nous avons bien des fois constaté que lorsque le législateur méconnaît l'état social, ainsi que les droits des parties contractantes, les tribunaux cherchent à corriger les vices de la loi en l'interprétant, non dans l'esprit qui l'a dictée, mais dans l'esprit nouveau qui en demande la réformation ou l'abolition. Il en était déjà ainsi dans l'ancien droit. Turgot en fit la remarque. « C'est une chose notoire, dit-il, qu'il n'y a pas de place de commerce où la plus grande partie du trafic ne roule sur l'argent emprunté, et où les intérêts ne soient réglés par la seule convention,

(1) Duvergier, *Du prêt*, p. 323, nº 247.

d'après l'abondance plus ou moins grande de l'argent et la situation plus ou moins sûre de l'emprunteur. La rigidité des lois a cédé à la force des choses; il a fallu que la jurisprudence modérât dans la pratique les principes spéculatifs, et l'on en est venu à tolérer ouvertement le prêt par billet, l'escompte et toute espèce de négociations d'argent entre commerçants. *Il en sera toujours ainsi toutes les fois que la loi défendra ce que la nature des choses rend nécessaire* (1). »

L'enseignement est grave; c'est une mauvaise loi que celle qui porte les tribunaux à en éluder les dispositions, car éluder les lois, c'est les violer; et que deviendra le respect dû à la loi quand ceux qui en sont les gardiens donnent l'exemple de la violation? Cependant le législateur ne profita point de la leçon. Qu'arriva-t-il? Sous l'empire de la loi de 1807, comme dans l'ancien droit, les juges se mirent au-dessus de la loi. La jurisprudence française admet que l'escompte n'est pas soumis aux dispositions prohibitives de la loi de 1807; elle assimile l'escompte à la vente d'une créance future; on pourrait en dire autant du prêt à intérêt; il est certain que l'on trouve tous les éléments de ce contrat dans l'escompte, une somme donnée par le banquier, une somme égale rendue ou dont la restitution du moins est garantie par le débiteur, enfin le prix, c'est-à-dire l'intérêt; seulement, au lieu d'être payé périodiquement ou lors de la restitution, l'escompte est reçu à l'avance par le banquier à l'instant où il donne l'argent. Il en est de même de la commission, qui n'est autre chose qu'un intérêt déguisé sous un autre nom. Si un banquier me prête 1,000 francs à 6 p. c., et qu'outre l'intérêt de 60 francs par an je paye une commission de 1 1/2 ou 2 p. c., je paye, en réalité, sous le nom de *commission*, 15 ou 20 francs en sus de l'intérêt légal, c'est-à-dire que l'intérêt réel sera de 7 1/2 à 8 p. c. (2).

Nous laissons de côté la question de savoir si l'on peut

(1) Turgot, Mémoire sur les prêts d'argent, présenté au conseil d'Etat en 1769.

(2) Nous suivons l'opinion de Pont, t. I, p. 132, nos 283-285.

stipuler un intérêt supérieur à l'intérêt légal à raison des risques extraordinaires que court le prêteur ; elle est controversée. Ce que nous avons dit suffit pour démontrer que la jurisprudence moderne, comme la jurisprudence ancienne, a cherché à s'accommoder avec la loi, comme, en théologie, il y a des accommodements avec le ciel. Laissons ces honteux expédients aux théologiens, et maintenons la loi, alors même qu'elle violerait le droit et la justice, mais aussi que le législateur se hâte de modifier ou d'abroger les lois qui blessent la conscience générale. Le dernier auteur qui a écrit sur le prêt constate que la Hollande, l'Angleterre, l'Italie, l'Espagne même ont devancé la France en abolissant les lois qui restreignaient la libre stipulation de l'intérêt. M. Pont a oublié la Belgique ; nous avons fait connaître la loi belge au titre des *Obligations*, auquel nous renvoyons (t. XVI, n° 316).

527. La loi belge en est revenue au système du code civil ; elle abandonne l'intérêt conventionnel aux libres stipulations des parties contractantes. Si elle fixe un intérêt légal de 5 p. c. en matière civile et de 6 p. c. en matière commerciale, c'est pour les cas où les parties n'ont pas stipulé d'intérêts : tels sont les intérêts moratoires auxquels le juge condamne le débiteur qui est en demeure et les intérêts légaux qui courent de plein droit en vertu de la loi. Nous renvoyons au titre des *Obligations* en ce qui concerne les intérêts légaux et moratoires. Quant aux intérêts conventionnels, l'article 1907 dispose que le taux doit être fixé par écrit. Quel est le but de cette disposition ? Les auteurs du code ont-ils entendu faire du prêt à intérêt un contrat solennel ? La négative est certaine. Remarquons d'abord que la loi n'exige un écrit que pour le taux de l'intérêt, elle n'en exige pas pour la stipulation de l'intérêt ; de sorte qu'il peut arriver que l'intérêt ne soit pas stipulé par écrit et que néanmoins il soit dû, pourvu que le taux soit stipulé par écrit ; cependant le *taux* fait partie de la convention ; il est donc impossible que la convention soit solennelle pour le taux et non solennelle pour la stipulation même de l'intérêt. Le motif qui a fait porter l'article 1907, 2e alinéa, prouve à l'évidence qu'il n'a pas

été dans la pensée du législateur de prescrire un écrit comme condition de solennité du contrat. Boutteville l'a exposé en termes déclamatoires dans son rapport au Tribunat : « Le taux de l'intérêt conventionnel, dit l'article, doit être fixé par écrit. Ah ! les vampires qui abusent de la misère, de l'infortune, ce n'est pas au grand jour qu'ils font les honteuses stipulations par lesquelles ils préparent la ruine de leurs victimes ; ce n'est pas à la face des tribunaux qu'ils réclament le payement des scandaleuses, des effrayantes usures qu'ils ne craignent pas de se permettre. C'est dans l'ombre, et loin des yeux du public, qu'ils consomment leurs iniquités et s'en assurent les fruits. Oui, législateurs, indépendamment des puissants motifs qui justifient, qui réclament la disposition, cette seule précaution de la loi serait une garantie suffisante pour la morale publique contre les débordements, les ravages de l'usure qu'on appréhende (1). » Boutteville raisonne ou déclame dans le système du code civil, c'est-à-dire de la liberté absolue des parties contractantes, en ce qui concerne la stipulation du taux de l'intérêt (art. 1907). Dès lors on ne peut pas traiter de vampires ceux qui stipulent un intérêt, quelque excessif qu'il paraisse ; si l'emprunteur se soumet à payer des intérêts exorbitants, c'est sans doute à cause des chances de perte que court le prêteur ; dans ce cas, l'intérêt est payé, non à raison du prix de l'argent, mais à cause des dangers que court le prêteur de n'être pas remboursé. Si, au contraire, l'emprunteur présente des garanties, il trouvera de l'argent à des conditions raisonnables.

528. Toujours est-il que les motifs donnés par les auteurs du code pour justifier la disposition qui exige un écrit pour la fixation du taux de l'intérêt ne concernent pas la stipulation même de l'intérêt ; la convention qui stipule l'intérêt se prouve donc, quoiqu'on ait dit le contraire (2), d'après le droit commun. C'est, à vrai dire, une question d'école. Régulièrement la convention qui stipule l'intérêt en fixe en même temps le taux ; il n'y a donc qu'un seul

(1) Boutteville, Rapport, n° 7 (Locré, t. VII, p. 282).
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 389, n° 983.

contrat, lequel doit être fait par écrit, puisque le taux de l'intérêt y est stipulé. Cela veut-il dire que la loi n'admet d'autre preuve que celle d'un acte authentique ou sous seing privé? Il y a quelque doute. On pourrait croire, en s'en tenant aux déclamations de Boutteville, que la loi veut absolument que le prêteur déclare par écrit le montant de l'intérêt qu'il exige. C'est l'opinion de Duranton, elle est restée isolée (1). On admet en général que l'article 1907 déroge seulement au principe établi par l'article 1341. Aux termes de cette disposition, il doit être passé *acte* de toutes choses excédant la valeur de 150 francs; en ce sens que la preuve testimoniale n'en est pas reçue, tandis que les conventions dont le montant pécuniaire ne dépasse point cette somme peuvent se prouver par témoins; la loi exigeant un *écrit* pour établir le taux de l'intérêt, les parties ne seront jamais reçues à la preuve testimoniale en cette matière, quand même elles auraient un commencement de preuve par écrit, et quand même elles prétendraient qu'elles ont été dans l'impossibilité de dresser un écrit. Voilà la dérogation au droit commun. Mais il y a d'autres preuves qui n'ont rien de commun avec l'article 1341; les parties pourront les invoquer. Ainsi le code de procédure (art. 324) permet aux parties, en toute matière et en tout état de cause, de se faire interroger respectivement sur faits et articles; elles pourront donc se prévaloir de l'aveu qu'aura fait la partie interrogée, et l'aveu fait pleine foi contre celui de qui il émane (art. 1356). De même l'article 1358 porte que le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, donc aussi sur le taux de l'intérêt qui aurait été convenu sans écrit. Tel est le droit commun pour toutes les conventions qui ne sont pas des contrats solennels; quand l'écrit n'est exigé qu'à titre de preuve, il peut être remplacé par les autres preuves qui sont admises par le code civil, sauf l'exception concernant la preuve testimoniale.

529. La cour de cassation va plus loin, elle admet même la preuve testimoniale lorsqu'il y a un commence-

(1) Duranton, t. XVII, p. 658, n° 598. En sens contraire, Duvergier, p. 347, n° 255, et tous les auteurs (Pont, t. I, p. 128, n° 274).

ment de preuve par écrit, ou que les parties se sont trouvées dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale; nous croyons que c'est dépasser la loi, qui exige formellement un écrit, ce qui exclut la preuve testimoniale. Dans l'affaire jugée par la cour, on prétendait établir la convention concernant l'intérêt par de simples présomptions, sans même invoquer les articles 1347 et 1348; c'est cette question que la cour a décidée et qui devait être décidée négativement, car les présomptions ne sont admises que lorsque la loi admet la preuve testimoniale; or, dans l'espèce, il est certain que la preuve testimoniale n'était pas recevable, même d'après le droit commun. Cependant la cour de Caen avait condamné le débiteur au payement des intérêts, en se fondant sur l'ensemble des faits et des documents; la décision a été cassée (1).

530. Il s'est présenté une autre difficulté. Les parties étaient d'accord que le prêt était à intérêt, mais l'une prétendait que l'intérêt avait été convenu à 4 p. c., tandis que l'autre réclamait 5 p. c. Il a été jugé que la présomption était que les parties n'avaient pas dérogé au taux de l'intérêt légal. La cour ajoute qu'il eût été facile au prêteur de placer son capital à l'intérêt ordinaire de 5 p. c., et qu'il n'avait aucune raison pour faire l'abandon d'une partie de son revenu (2). La décision nous paraît douteuse; les motifs que l'arrêt allègue ne sont que des probabilités, c'est-à-dire de simples présomptions. Peut-on, en l'absence d'un écrit, établir le taux de l'intérêt par des présomptions? Non; il fallait donc s'en tenir à l'offre du débiteur. La cour d'appel ajoute que les parties ont comparu devant les premiers juges et que leurs réponses ont fourni des éléments propres à éclairer leur conviction. S'il y avait réellement eu aveu, cela eût été décisif; mais peut-on dire qu'il y ait aveu quand le débiteur offre 4 p. c. et que le créancier réclame un intérêt supérieur?

(1) Cassation, 22 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 211). Comparez Rennes, 19 avril 1811 (Dalloz, au mot *Prêt à intérêts*, n° 22, 1°).

(2) Lyon, 26 juin 1851 (Dalloz, 1854, 5, 445, n° 6). Dans le même sens, Duvergier, p. 350, n° 256; Pont, t. I, p. 110, n° 248.

FIN DU TOME VINGT-SIXIÈME.



TABLE DES MATIÈRES.

TITRE IX (titre VIII du code civil). — DU CONTRAT DE LOUAGE (suite).

CHAPITRE III. — DES DEVIS ET DES MARCHÉS.

§ Ier. *Notions générales.*

1. Qu'entend-on par *devis, marché, prix fait* ou *forfait ?* p. 5.
2. Différence entre le marché à prix fait et le louage de travail, p. 6.
3. Différence entre le louage des ouvriers et celui des entrepreneurs en ce qui concerne la durée de la prescription, p. 6.
4. Quand l'ouvrier est-il entrepreneur? p. 6.
5. Le contrat par lequel l'ouvrier s'engage à faire un ouvrage, en fournissant la matière, est-il un louage ou une vente? p. 7.

§ II. *Des risques.*

6. L'ouvrier supporte la perte de la chose et du travail quand il fournit la matière, et que la chose périt avant que le maître fût en demeure de la recevoir, p. 8.
7. L'article 1788 s'applique-t-il aux travaux de construction? Arrêts contradictoires de la cour de cassation, p. 10.
8. Application du principe de l'article 1788 à la construction d'un navire, p. 11.
9. Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail, il n'est tenu que de sa faute. Quel est le sens de cette disposition? L'ouvrier doit-il prouver qu'il n'est pas en faute? ou le maître doit-il prouver que l'ouvrier est en faute? Critique d'un arrêt de la cour de cassation, p. 12.
10. Application du principe de l'article 1789 au cas d'incendie, p. 14.
11. L'ouvrier a-t-il droit à son salaire quand la matière du maître vient à périr par cas fortuit? p. 15.
12 *Quid* si le maître est en demeure de recevoir l'ouvrage? p. 16.
13. Quand l'ouvrier peut-il demander la vérification des travaux? p. 17.
14. *Quid* si la chose périt par le vice de la matière? p. 17.
15. L'article 1791 est-il applicable au contrat de construction quand l'entrepreneur fournit les matériaux? p. 18.
16. L'ouvrier est déchargé de la responsabilité résultant de la malfaçon quand le maître a vérifié et reçu l'ouvrage. *Quid* s'il s'agit d'un défaut qui ne pouvait être constaté lors de la vérification? Lacune de la loi, p. 19.

§ II. *Fin du louage d'ouvrage.*

N° 1. Droit du maître.

17. Le maître a le droit de résilier le marché. Sous quelles conditions? Quel est le motif de l'article 1794? En quel sens il déroge au droit commun, p. 21.
18. L'article 1794 s'applique-t-il au marché à la pièce ou à la mesure? p. 22.
19. S'applique-t-il au cas où l'ouvrier fournit la matière? p. 22.

N° 2. La mort de l'ouvrier.

20. Pourquoi la mort de l'ouvrier met-elle fin au contrat? p. 23.
21. L'article 1796 s'applique-t-il au cas où l'ouvrier fournit la matière? p. 24.
22. *Quid* s'il y a deux architectes tenus solidairement, et si l'un d'eux meurt? p. 24.
23. L'article 1796 peut-il s'appliquer, par analogie, au contrat de voiturage? p. 24.
24. Quels sont les droits des héritiers de l'ouvrier? p. 24.

CHAPITRE IV. — DISPOSITIONS PARTICULIÈRES CONCERNANT LES ARCHITECTES.

§ Ier. *De la responsabilité des architectes.*

N° 1. Des divers cas de responsabilité.

25. La responsabilité des architectes est réglée par les articles 1792, 2270, 1382 et 1383, p. 26.
26. La responsabilité que l'architecte et l'entrepreneur encourent en vertu de l'article 1382 n'a rien de commun avec le contrat de louage, p. 26
27. La cour de cassation confond la faute conventionnelle de l'architecte et la faute qu'il peut commettre par un fait dommageable, p. 27.
28. Erreur qui en résulte quand l'architecte et l'entrepreneur sont responsables de la même faute pour inexécution de leurs engagements. Sont-ils tenus solidairement des dommages-intérêts? Critique de la jurisprudence, p. 28.
29. Les articles 1792 et 2270 établissent-ils la même responsabilité et les mêmes principes? ou prévoient-ils des cas différents régis par des principes différents? La doctrine est divisée et la jurisprudence n'a pas de principe, p. 30.
30. Les articles 2270 et 1792 ne forment qu'une seule disposition, l'article 2270 complétant l'article 1792, p. 32.
31. Réponse à l'objection de la cour de cassation reproduite par Aubry et Rau, p. 33.

§ II. *De la responsabilité de l'article* 1792.

N° 1. Le principe.

32. Quel est l'objet de l'article 1792? En quoi déroge-t-il au droit commun? Etablit-il une présomption légale de faute à charge de l'ouvrier? p. 35.
33. Pourquoi l'architecte répond-il des vices du sol? *Quid* s'il avertit le propriétaire de ces vices? La décharge que le propriétaire lui accorderait de sa responsabilité serait-elle valable? p. 36.
34. L'architecte répond-il de la perte, s'il fournit le sol? p. 38.
35. L'architecte répond des matériaux, quand même ils seraient fournis par le propriétaire ou choisis par lui, p. 39.

N° 2. A qui s'applique la disposition de l'article 1792.

36. L'article 1792 ne s'applique qu'aux architectes et entrepreneurs. *Quid* des ouvriers qui n'ont pas cette qualité? En quel sens sont-ils responsables? et en quoi leur responsabilité diffère-t-elle de celle de l'architecte? p. 39.
37. *Quid* des *tâcherons?* En quel sens sont-ils responsables? p. 41.

38. L'architecte et l'entrepreneur sont-ils l'un et l'autre responsables? et comment leur responsabilité est-elle réglée? p. 41.
39. *Quid* si l'architecte dresse le plan et en surveille l'exécution? Jurisprudence, p. 43.
40. *Quid* si l'architecte ne surveille pas l'exécution des travaux? Jurisprudence, p. 45.
41. La responsabilité de l'architecte est-elle générale, ou est-elle limitée au cas de l'article 1792? Jurisprudence, p. 45.
42. Quand l'entrepreneur est-il responsable des vices du plan? p. 46.
43. Comment se répartit la responsabilité entre l'architecte et l'entrepreneur? Jurisprudence des tribunaux civils et administratifs, p. 46.

N° 3. A quels ouvrages s'applique la responsabilité en vertu de l'article 1792?

44. L'article 1792 ne s'applique-t-il qu'à la construction d'un édifice, ou comprend-il toute espèce de gros ouvrages de construction? Jurisprudence, p. 48.
45. L'article 1792 ne s'applique-t-il qu'aux constructions *à prix fait?* Quelle est, sur ce point, la doctrine de la cour de cassation? p. 50.
46. L'article 1792 s'applique-t-il à la construction des machines qui sont un des éléments essentiels de la construction? p. 52.

§ III. *De la responsabilité de l'article* 2270.

47. L'article 2270 établit une responsabilité autre que celle de l'article 1792? p. 53.
48. Qu'entend-on par *gros ouvrages* dans l'article 2270? La responsabilité pour gros ouvrages diffère-t elle de la responsabilité pour constructions établie par l'article 1792? Discussion de la jurisprudence, p. 54.
49. L'architecte qui dresse les plans et surveille les travaux est-il responsable en vertu de l'article 2270, et cette responsabilité diffère-t-elle de la responsabilité de l'article 1792? Critique de la doctrine d'Aubry et Rau, p. 57.
50. L'architecte est-il responsable lorsqu'il n'y a pas de prix fait? p. 59.
50 *bis*. L'architecte est-il présumé en faute dans le cas de l'article 1792, tandis que la faute n'est pas présumée dans le cas de l'article 2270? p. 60.

§ IV. *Quand cesse la responsabilité de l'architecte.*

51. L'architecte n'est pas affranchi de la responsabilité de ses fautes par le consentement ni par les ordres du propriétaire, p. 62.
52. *Quid* si l'architecte travaille sur un plan du maître? Discussion de la jurisprudence. Cas dans lequel le propriétaire est seul responsable, p. 63.
53. La réception des travaux affranchit-elle l'architecte de la responsabilité? p. 65.
54. *Quid* s'il s'agit de vices apparents? La réception peut-elle être tacite? p. 65.
55. Le propriétaire peut-il renoncer à l'action en responsabilité après qu'elle est ouverte? p. 67.

§ V. *De l'action en responsabilité.*

56. Le propriétaire qui agit contre l'architecte doit prouver qu'il est en faute; p. 68.
57. Quelle est la durée de la garantie? En quel sens l'architecte en est-il déchargé après dix ans? p. 69.
58. Quelle est la durée de l'action en dommages-intérêts qui naît de la garantie? Est-elle soumise à la prescription de trente ans? p. 70.
59. Critique de la jurisprudence contraire de la cour de Paris, p. 71.
60. Critique d'une troisième opinion de Duvergier, p. 73.
61. Le délai de dix ans est-il une prescription? Est-il suspendu par la minorité du propriétaire? p. 74.

§ VI. *De la responsabilité de l'article* 1382.

62. Quand les architectes et entrepreneurs sont-ils responsables en vertu de l'article 1382? p. 75.
63. L'action fondée sur l'article 1382 peut être exercée, quoique le vice de construction ne se révèle qu'après les dix ans pendant lesquels l'architecte est responsable à l'égard du propriétaire, p. 76.
64. Application du principe. Jurisprudence, p. 77.

§ VII. *De l'article* 1793.

65. L'architecte peut-il demander une augmentation du prix fixé par le forfait, si le prix de la main-d'œuvre ou des matériaux augmente? p. 78.
66. Peut-il demander une augmentation de prix pour changements ou augmentation apportés au plan? p. 78.
67. En quel sens faut-il un écrit? L'autorisation pourrait-elle être prouvée par un interrogatoire sur faits et articles ou par serment? p. 80.
68. La convention concernant le prix doit-elle être constatée par écrit? p. 81.
69. Application de l'article 1793. Jurisprudence, p. 82.
70. A quels travaux s'applique la disposition de l'article 1793? p. 83
71. Il faut que la construction se fasse à forfait. Doit-il nécessairement y avoir un plan arrêté et convenu entre les parties? p. 84.
72. L'article 1793 s'applique-t-il à des travaux faits en dehors des prévisions du plan, quand il s'agit de la construction d'un chemin de fer? p. 86.
73. L'entrepreneur peut-il réclamer le prix des travaux non autorisés jusqu'à concurrence du profit que le propriétaire en retire? p. 87.
74. Les parties peuvent-elles déroger à la disposition de l'article 1793? Quand sont-elles censées y avoir dérogé? p. 87.
75. L'article 1793 est-il applicable à des marchés à forfait intervenus entre l'entrepreneur principal et des sous-traitants? p. 89.

§ VIII. *De l'article* 1798.

76. Quel est l'objet de l'article 1798? En quoi déroge-t-il à l'article 1166? Quel est le motif de la dérogation? p. 90.
77. L'exception ne s'applique qu'aux ouvriers. Qu'entend-on par *ouvriers? Quid* des ouvriers sous-entrepreneurs? Jurisprudence, p. 91.
78. Quel est le droit des ouvriers contre le propriétaire? *Quid* si la créance de l'entrepreneur est éteinte en tout ou en partie? p. 95.
79 *Quid* si l'entrepreneur a cédé sa créance contre le propriétaire? Cette cession peut-elle être opposée aux ouvriers? *Quid* si la cession a été faite avant le commencement des travaux? p. 96.
80. *Quid* si la créance de l'entrepreneur a été saisie avant que les ouvriers aient intenté leur action contre le propriétaire? p. 98.
81. Les ouvriers ont-ils une action directe contre le propriétaire? Cette action est-elle privilégiée? Peuvent-ils l'exercer lorsque l'entrepreneur tombe en faillite? p. 98.
82. Les entrepreneurs peuvent-ils être tenus personnellement envers les ouvriers et les tiers qui traitent avec les sous-traitants en vertu des clauses du cahier des charges? p. 101.

TROISIÈME PARTIE. — DU BAIL A CHEPTEL.

83. Définition des articles 1800 et 1711, p. 103.
84. Quels animaux peuvent faire l'objet du cheptel? p. 105
85. Classification. Le cheptel est-il toujours un louage? p. 105.

CHAPITRE 1er. — DU CHEPTEL SIMPLE.

§ 1er. *Notions générales.*

86. Définition du cheptel simple, p. 106.
87. Le cheptel simple est-il un contrat de société ou un contrat de louage? p. 106.
88. Le bailleur reste propriétaire du cheptel. Quel est l'objet de l'estimation que l'on fait du cheptel dans le bail? p. 107.
89. Le cheptelier est débiteur d'un corps certain. Conséquences qui en résultent quant à ses obligations, p. 107.
90. Obligation du preneur en ce qui concerne les peaux des bêtes qui ont péri par cas fortuit, p. 109.
91. Quand le preneur supporte-t-il une part dans la perte? p. 109.
92. Quand la perte est-elle totale? p. 110.
93. Conséquences de la perte totale et de la perte partielle, p. 110.

§ II. *Des clauses prohibées.*

94. Quelles sont les clauses prohibées par la loi? p. 111.
95. Quel est l'effet des clauses contraires à la loi? p. 112.
96. Quel est le droit du preneur sur les laitages, le fumier et le travail des animaux? p. 112.

§ III. *Droits des parties.*

97. L'une des parties ne peut pas, sans le consentement de l'autre, disposer d'une tête du troupeau. Pourquoi? p. 114.
98. *Quid* si le preneur dispose d'une tête du troupeau? Le bailleur a-t-il l'action en revendication contre le tiers acquéreur? p. 115.
99. *Quid* si le bailleur dispose d'une tête du troupeau? p. 115.
100. *Quid* si l'une des parties dispose d'une tête du croît? p. 116.
101. L'une des parties peut-elle contraindre l'autre à vendre? p. 117.
102. Quels sont les droits des créanciers du bailleur et du preneur? Peuvent-ils saisir le cheptel? p. 118.
103. Quel est le droit du propriétaire de la ferme quand le cheptel est donné par un tiers à son fermier? p. 119.
104. De la tonte. Obligation imposée au cheptelier, p. 120.

§ IV. *Fin du cheptel.*

105. Le bail finit de plein droit à l'expiration du terme légal ou conventionnel, p. 120.
106. Y a-t-il lieu à réconduction? et quelle est la durée du bail tacite? p. 120.
107. Il y a lieu à la résolution du bail en vertu de la condition résolutoire tacite, p. 121.
108. Quel est le droit du bailleur à la fin du bail? Comment se partagent les bénéfices et les pertes? p. 121.
109. Comment se fait le partage du croît pendant la durée du bail? p. 123.

CHAPITRE III. — DU CHEPTEL A MOITIÉ.

110. Définition du cheptel à moitié. C'est une société, p. 124.
111. Est-il de l'essence du contrat que chacune des parties fournissa la moitié des bestiaux? *Quid* si les mises sont inégales? p. 124.
112. Quels sont les droits des parties? Pourquoi la loi ne permet-elle pas d'y déroger? *Quid* si le bailleur est propriétaire de la métairie que le cheptelier tient à ferme? p. 125.
113. Quelles sont les règles du cheptel à moitié? p. 126.

CHAPITRE III. — DU CHEPTEL DONNÉ PAR LE PROPRIÉTAIRE A SON FERMIER OU COLON PARTIAIRE.

SECTION I. — *Du cheptel donné au fermier.*

114. Qu'entend-on par *cheptel de fer ?* Quelle différence y a-t-il entre ce cheptel et le cheptel ordinaire? p. 127.
115. Qui est propriétaire du cheptel? Quel est le but de l'estimation donnée au cheptel dans le bail? p. 128.
116. Qui supporte les risques? p. 128.
117. Les parties peuvent déroger à la loi. Sont-elles censées y avoir dérogé s'il existe des usages contraires? p. 129.
118. Le fermier peut-il disposer du cheptel ou des têtes du troupeau? p. 131.
119. Droits du fermier. Peut-il y être dérogé? p. 132.
120. Disposition spéciale concernant le fumier, p. 133.

SECTION II. — *Du cheptel donné au colon partiaire.*

121. Du cheptel à moitié donné au colon partiaire. Le cheptel donné par le propriétaire est un cheptel simple, p. 133.
122. Qui supporte les risques? p. 133.
123. Clauses prohibées, p. 134.
124. Clauses permises, p. 134.
125. Fin du cheptel, p. 135.

CHAPITRE IV. — DU CONTRAT IMPROPREMENT APPELÉ CHEPTEL.

126. Le contrat de l'article 1831 n'est pas un cheptel. Est-ce une société ou un louage? p. 135.
127. Quels sont les droits du preneur? p. 136.
128. Quelles sont les obligations des parties contractantes? p. 136.
129. Qui supporte les frais de traitement? p. 136.
130. Quand finit le contrat? p. 136.

TITRE X (titre IX du code civil). — DE LA SOCIÉTÉ.

131. Objet du titre. Des sociétés de commerce, p. 138.
132. De la communauté, p. 139.
133. Des sociétés charbonnières, p. 139.

CHAPITRE I. — DES CONDITIONS REQUISES POUR L'EXISTENCE OU POUR LA VALIDITÉ DES SOCIÉTÉS.

SECTION I. — *Principes généraux.*

134. Définition de la société. Des conditions requises pour l'existence de la société ou pour sa validité, p. 139.

§ Ier. *Du consentement.*

135. En quel sens le consentement caractérise la société et la distingue de la communauté, p. 140.
136. La société est un contrat consensuel. Conséquence qui en résulte, p. 141.
137. Application du principe. Société fabriquée sans consentement, p. 141.
138. Le consentement peut-il être donné par ratification? La ratification rétroagit-elle à l'égard des tiers? p. 141.
139. L'erreur sur la nature civile ou commerciale de la société vicie-t-elle le consentement et entraîne-t-elle la nullité du contrat? p. 142
140. Les associés doivent être capables de contracter. Deux époux peuvent-ils former une société? p. 143.
41. Le mandataire général peut-il former une société? p. 144.

§ II. *De l'objet.*

142. Il faut que chacun des associés fasse un apport. Sans mise, il n'y a pas de société, Jurisprudence, p. 145.
143. En quoi doit consister la mise? *Quid* du crédit politique? *Quid* du crédit commercial? p. 146.
144. *Quid* si la convention attribue une portion d'intérêt à un associé qui ne fait aucune mise? Est-ce une donation de biens à venir? p. 147.

§ III. *Bénéfice commun.*

145. Pour qu'il y ait société, il faut qu'une chose soit mise en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui en pourra résulter. Jurisprudence, p. 147.
146. Les associations religieuses ne sont pas des sociétés civiles, p. 148.
147. Les associations d'assurance mutuelle ne sont pas des sociétés civiles, p. 148.
148. Les tontines sont-elles des sociétés? p. 149.
149. Jurisprudence. Conventions qui ne forment pas des sociétés, p. 150.
150. Le bénéfice doit-il consister dans un profit pécuniaire qui enrichisse les associés? *Quid* des associations de chasseurs? p. 150.
151. Le bénéfice doit être commun et faire l'objet d'un partage. Jurisprudence, p. 151.
152. La participation aux bénéfices suffit-elle pour qu'il y ait société? La convention par laquelle une partie fournit un capital, en stipulant, outre l'intérêt, une part dans les bénéfices, est-elle une société? p. 152.
152 *bis*. *Quid* du bail dans lequel le bailleur stipule une part dans les bénéfices? p. 153.
153. La convention qui intervient entre l'auteur et l'éditeur est-elle une société quand les bénéfices doivent être partagés? p. 154.
154. Le commis qui reçoit, à titre de traitement, une part dans les bénéfices est-il un associé? p. 154.

§ IV. *De la participation aux pertes.*

155. La participation aux pertes est-elle un élément essentiel de la société? Critique de la définition du code, p. 155.

§ V. *Cause licite.*

156. L'*objet licite* dont parle l'article 1833 est une *cause licite*, p. 156.
157. Toute société qui a une cause illicite est inexistante. Jurisprudence, p. 157.
158. Société contractée par deux adjudicataires de créances et un huissier, p. 158.
159. Société entre un avoué et un agréé, p. 159.
160. *Quid* de la convention par laquelle un avoué s'engage à partager les bénéfices de son étude avec son maître clerc? p. 160.
161. *Quid* de la convention par laquelle deux personnes s'associent pour obtenir une adjudication, en excluant leur concurrence? p. 160.
162. *Quid* de la société entre un pharmacien et deux médecins pour l'exploitation d'un établissement pharmaceutique? p. 160.
163. La société sur cause illicite est un contrat inexistant, p. 162
164. Conséquence qui en résulte quand le contrat n'a reçu aucune exécution, p. 162.
165. *Quid* si les associés ont réalisé leurs apports? Peuvent-ils exercer la reprise de ce qu'ils ont versé dans le fonds social? p 163.
166. Les associés ont-ils action pour le partage des bénéfices? p. 164.
167. Incertitude de la doctrine sur cette question, p. 168.
168. Incertitude de la jurisprudence, p. 169.
169. Quel est l'effet de la société illicite à l'égard des tiers? p. 170.

§ VI. *Forme.*

170. Quel est l'objet de l'article 1834? p. 172.
171. La preuve des sociétés reste sous l'empire du droit commun, p. 174.
172. Un écrit est-il nécessaire pour la validité de la convention? p. 175.
173. L'écrit allégué comme preuve littérale doit-il être rédigé dans les formes prescrites par l'article 1325? p. 175.
174. Quand la preuve testimoniale est-elle admise? Qu'entend-on, dans l'article 1834, par *objet de la société?* p. 177.
175. L'article 1834 s'applique à *toute société.* Applications empruntées à la jurisprudence, p. 178.
176. La preuve testimoniale est-elle admissible lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit? Quand y a-t-il commencement de preuve par écrit? p. 179.
177. On applique à la société la règle que *lettres passent témoins,* p. 181.
178. L'article 1834 s'applique-t-il aux tiers qui traitent avec un associé? p. 182.
179. L'acte de société doit-il être transcrit quand il contient l'apport d'un immeuble? p. 183.
180. L'article 1690 est-il applicable à la mise en société d'une créance? p. 183.

§ VII. *La société forme-t-elle une personne civile?*

181. Les sociétés civiles ne forment pas une individualité juridique distincte de celle des associés, p. 184.
182. Conséquences qui résultent du principe. Quelles différences y a-t-il, sous ce rapport, entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales? p. 184.
183. Les sociétés civiles deviennent-elles des personnes morales, alors qu'elles sont constituées dans la forme commerciale? p. 186.
184. Les sociétés étrangères, formant une personne morale, peuvent-elles exercer leurs droits et ester en justice en Belgique? p. 187.
185. Législation et jurisprudence française sur cette question, p. 187.

SECTION II. — *Des associations qui ne constituent pas des sociétés civiles.*

§ 1er. *Des sociétés d'agrément.*

186. Les sociétés formées en vertu de la liberté d'association sont-elles des *personnes* civiles? p. 189.
187. Ces sociétés et, notamment, les sociétés d'agrément sont-elles des *sociétés* civiles? p. 190.
188. A qui appartiennent les objets acquis au nom de la société? p. 191.
188 *bis*. Comment ces associations contractent-elles? Les membres doivent-ils être considérés comme des mandants et sont-ils obligés comme tels? p. 192.
189. Comment ces associations peuvent-elles agir en justice? Contre qui l'action des tiers créanciers doit-elle être intentée? p. 195.
190. L'article 59, § 5, du code de procédure est-il applicable à ces associations? p. 196.
191. Les tribunaux sont-ils compétents pour décider les différends qui s'élèvent entre les associés? p. 196.
192. Les tribunaux sont-ils compétents pour connaître de la reddition des comptes? p. 198.

§ II. *Des associations religieuses.*

193. Abolition des ordres religieux par les lois révolutionnaires, p. 199.
194. L'Eglise considère comme non avenues les lois qui portent atteinte à son prétendu droit divin, p. 200.
195. Les couvents abolis de droit sont rétablis de fait en violation de la loi, p. 201.

196. Lettre de Pie VI aux religieux belges. Décret de la Propagande approuvé par le pape. La fraude conseillée et autorisée par le saint-siége, p. 202.
197. Les associations religieuses sont-elles des sociétés civiles? Arrêt de la cour de Bruxelles qui déclare les prétendues sociétés nulles comme faites en fraude d'une loi d'ordre public, dans le but de reconstituer la mainmorte, p. 203.
198. Arrêt confirmatif de la cour de cassation. Les prétentions des défenseurs de l'Eglise et le droit, p. 207.
199. Appréciation de la législation. Elle est nécessairement restrictive en face de l'ambition envahissante de l'Eglise, p. 208.
200. Quel est le droit des associés qui quittent la congrégation? Ont-ils une action pour la reprise de leurs apports? p. 210.
201. Les membres qui quittent la congrégation peuvent-ils demander le partage des biens communs? p. 213.
202. Application de ces principes aux bénéfices et aux pertes, p. 216.
203. Quels sont les droits des héritiers de ceux qui ont donné ou vendu des biens à une communauté religieuse? L'ordonnance de 1749 est-elle encore en vigueur? p. 219.
204. Les héritiers ont-ils un droit sur les biens que leur auteur a acquis comme personne interposée au profit de la communauté? p. 220.
205. Discussion d'un arrêt de la cour de Liége sur cette question, p. 221.
206. Discussion d'un arrêt de la cour de Bruxelles, p. 225.
207. Droits de l'Etat. Devoir du législateur, p. 226.

CHAPITRE II. — DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉ.

SECTION I. — *Des sociétés civiles et commerciales.*

208. Les sociétés sont civiles ou commerciales, p. 227.

§ Ier. *Principe.*

209. Quelles sociétés sont commerciales? Quelles différences y a-t-il entre ces sociétés et les sociétés civiles? p. 228.
210. Les sociétés de commerce sont des personnes civiles, p. 228.
211. Des conditions de forme et de publicité prescrites pour les sociétés de commerce, p. 229.
212. Les associés dans les sociétés de commerce sont, en général, tenus solidairement des dettes sociales, p. 230.
213. Les sociétés de commerce peuvent être déclarées en faillite, p. 231.
214. Par qui sont jugées les contestations entre associés dans les sociétés de commerce? p. 231.
215. L'article 1865, 3°, est-il applicable aux sociétés de commerce? p. 232.
216. La loi établit une prescription spéciale de cinq ans au profit des associés, administrateurs ou liquidateurs des sociétés de commerce, p. 232.

§ II. *Les sociétés civiles peuvent-elles être transformées en sociétés de commerce?*

217. Les parties contractantes ne peuvent pas transformer en société de commerce une société civile de sa nature, p. 233.
218. Elles peuvent emprunter au droit commercial les effets attachés aux sociétés de commerce, quand ces effets ne concernent pas l'ordre public, p. 235.
219. Les sociétés civiles peuvent-elles emprunter les formes des sociétés de commerce? p. 236.
220. Les sociétés civiles qui empruntent ces formes deviennent-elles des sociétés commerciales? p. 237.

221. Quels effets produit l'adoption des formes commerciales? Les sociétés civiles constituées dans les formes de la loi de 1873 deviennent-elles des personnes civiles? p. 238.
222. Les sociétés civiles constituées sous le nom d'une société de commerce sont-elles soumises à la juridiction consulaire? p. 239.
223. Comment se font les assignations et significations? p. 239.
224. Les associés qui forment une société civile sous le nom d'une société anonyme sont-ils tenus de leurs engagements conformément à la loi commerciale? p. 240.

§ III. *Applications.*

225. Les sociétés créées pour l'exploitation des produits naturels d'un fonds sont des sociétés civiles, p. 240.
226. Les sociétés pour l'exploitation d'une mine sont des sociétés civiles. Quand deviennent-elles des sociétés de commerce? p. 242.
227. *Quid* de la société formée pour la recherche de la mine? p. 243.
228. Les sociétés formées pour acheter des immeubles, dans le but de les vendre ou de les louer, sont des sociétés civiles. Conséquences qui en résultent, p. 244.
229. La société formée pour la direction d'un établissement d'instruction est une société civile, p. 246.

SECTION II. — *Des sociétés universelles et particulières.*

230. Division des sociétés en universelles et particulières, p. 247.

§ Ier. *Des sociétés universelles.*

231. Classification. Les sociétés universelles sont de pure théorie, p. 247.

N° 1. De la société de tous biens présents.

232. Qu'entend-on par société de tous biens présents? Pourquoi la loi défend-elle d'y comprendre les biens à venir? p. 248.
233. Quels sont les biens futurs que les associés ne peuvent pas comprendre dans leur société universelle? p. 249.
234. *Quid* si les parties font cette stipulation? La nullité de la clause entraîne-t-elle la nullité du contrat de société? p. 250.
235. Quels sont les biens qui entrent de droit dans la société de biens présents? p. 250.
236. Quels sont les biens que les parties y peuvent comprendre? p 250.
237. Quelles dettes entrent dans le passif de la société de tous biens présents? p. 251.

N° 2. De la société universelle de gains.

238. De quoi se compose l'actif de la société de gains? p. 252.
239. Quelles sont les dettes qui entrent dans le passif de cette société? p. 253.

N° 3. Dispositions générales.

240. Que comprend la simple convention de société universelle? 254.
241, 242. Quelles personnes peuvent contracter une société universelle? p. 254-256.

§ II. *Des sociétés particulières.*

243. Définition des sociétés particulières, p. 257.

CHAPITRE III. — DES OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX.

§ Ier. *De l'apport.*

N° 1. Du transport de propriété.

244. En quel sens l'apport constitue-t-il un transport de propriété? p. 257.

245. Comment la propriété de la chose se transmet-elle entre associés et à l'égard des tiers? p. 258.
246. Les articles 1617 et suivants s'appliquent-ils à l'apport d'un immeuble? p. 259.
247. De l'obligation de garantie, p. 261.
248. De l'apport de la jouissance. Est-ce un droit d'usufruit ou un droit de bail? p. 261.

N° 2. De l'apport d'une somme d'argent.

249. Obligations des associés. Motifs des dérogations que l'article 1846 apporte au droit commun, p. 262.
250. L'article 1846 s'applique-t-il à l'apport de choses frugifères? p. 264.

N° 3. De l'apport de l'industrie.

251. A quoi est tenu l'associé qui apporte son industrie? p. 265.
252. Différence entre l'apport de l'industrie et l'apport d'une chose, p. 266.

§ II. *De la responsabilité des associés.*

N° 1. De la faute.

253. De quelle faute les associés sont-ils tenus? p. 267.
254. Applications empruntées à la jurisprudence, p. 268.
255. Y a-t-il lieu à compensation entre les dommages que l'associé a causés à la société et les gains qu'il lui a procurés? p. 270.

N° 2. De l'obligation de veiller aux intérêts communs.

256. L'associé doit de plein droit les intérêts des sommes qu'il prend dans la caisse sociale. Jurisprudence, p. 270.
257. A partir de quel moment et jusqu'à quand l'associé doit-il les intérêts? p. 272.
258. Quand l'associé est-il tenu des dommages-intérêts? p. 272.
259. *Quid* si un débiteur de l'associé lui fait un payement, alors qu'il est aussi débiteur de la société? Comment se fera l'imputation? p. 273.
260. L'article 1848 déroge-t-il à l'article 1253? *Quid* si le débiteur fait l'imputation? L'article 1848 reste-t-il applicable entre l'associé et la société? p. 274.
261. L'article 1848 s'applique-t-il à l'associé non administrateur qui n'a pas le pouvoir d'agir au nom de la société? p. 275.
262. L'article 1848 s'applique-t-il en cas de compensation? p. 276.
263. Disposition de l'article 1849. Quel en est le motif? p. 277.
264. L'associé doit-il faire le rapport immédiatement, ou n'y est-il tenu que lorsque le débiteur devient insolvable? p. 278.
265. L'article 1849 peut-il être étendu par voie d'analogie? Décision de Pothier, p. 279.

§ III. *Des obligations de la société envers les associés.*

N° 1. De la restitution de l'apport et des risques.

266. L'associé a-t-il droit à la restitution de son apport? p. 279.

I. *De l'apport de la propriété.*

267. Il n'y a pas lieu à la restitution de l'apport, p. 280.
268. Si la chose vient à périr, qui supportera la perte? Dans quel cas la société sera-t-elle dissoute par la perte de la chose? p. 280.
269. *Quid* si l'apport a pour objet des choses indéterminées? p. 283.

II. *De l'apport de jouissance.*

270. Quel est le droit de l'associé? Qui supporte les risques? p. 284.

271. La perte de la chose entraîne la dissolution de la société. Pourquoi? p. 285.
272. *Quid* si l'associé a promis l'usufruit de la chose? p. 286.
273. *Quid* si les choses dont l'associé n'apporte que la jouissance sont consomptibles? p. 286.
274. *Quid* si les choses se détériorent en les gardant? Quel est le droit de l'associé? p. 287.
275. *Quid* si les choses sont destinées à être vendues? p. 288.
276. *Quid* des choses livrées sur estimation? p. 289.

N° 2. Créances de l'associé contre la société.

277. L'associé peut répéter ses déboursés. *Quid* des intérêts? *Quid* des intérêts des intérêts? p. 290.
278. La société doit l'indemniser des obligations qu'il contracte pour les affaires sociales, p. 290.
279. Il a droit à une indemnité pour les risques inséparables de sa gestion, p. 291.
280. Comment s'exerce l'action de l'associé contre la société? Les associés sont-ils tenus solidairement? Qui supporte l'insolvabilité de l'un des associés? p. 291.

§ IV. *Du règlement des parts.*

N° 1. Quand il y a une convention.

281. Les parties contractantes sont libres de régler la part dans les bénéfices et les pertes comme elles le veulent, p. 293.
282. Quand elles ne règlent que la part dans les bénéfices, la part dans les pertes sera proportionnelle à celle des bénéfices, p. 294.
283. La clause du partage inégal des parts s'applique-t-elle aux apports? p. 294.
284. *Quid* si les mises sont inégales et que la convention stipule le partage égal des bénéfices et des pertes? p. 295.

N° 2. Des clauses prohibées.

I. *Prohibition concernant les bénéfices.*

285. La loi prohibe la *société léonine*. Motif de la prohibition, p. 297.
286. *Quid* si la convention affranchit de toute contribution aux pertes l'associé qui est exclu de la participation aux bénéfices? p. 297.
287. La loi ne défend pas la répartition inégale des bénéfices. Quelle est la limite de ce qui est permis et de ce qui est défendu? p. 297.
288. Peut-on stipuler que l'un des associés aura tous les bénéfices sous une condition, par exemple sous la condition de survie? p. 298.
289. Peut-on stipuler que l'un des associés aura, à son choix, une somme fixe ou une part dans les bénéfices? p. 300.

II. *Prohibition concernant les pertes.*

290. La loi prohibe la clause qui affranchit l'un des associés de toute contribution aux pertes. Quel est le motif de la prohibition? p. 300.
291. La prohibition ne s'applique pas à l'associé industriel. En quel sens il peut être affranchi de la contribution aux pertes, p. 302.
292. Elle ne s'applique pas à la clause qui dispense un associé de contribuer aux pertes dans de certaines limites, p. 302.
293. Examen de quelques clauses prévues par Pothier, p. 303.
294. Peut-on stipuler que l'un des associés aura dans les bénéfices une part plus grande que dans les pertes? p. 304.
295. *Quid* si la société est contractée sous l'une des clauses prohibées par l'article 1855? La société sera-t-elle nulle ou inexistante? p. 305.

296. De la clause par laquelle les associés s'en rapportent à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, p. 306.

N° 3. Règlement des parts par la loi.

297. Dans le silence du contrat, les parts sont proportionnelles aux mises, p. 307.
298. Comment évalue-t-on l'apport de l'industrie? p. 308.
299. *Quid* si, outre l'industrie, l'associé fait encore une autre mise? p. 308.
300. *Quid* si la société se dissout avant l'époque fixée par la convention? Commen évaluera-t-on, dans ce cas, l'apport de l'associé industriel? p. 309.

§ V. *De l'administration de la société.*

301. Droit des associés. Intervention du législateur, p. 309.

N° 1. De l'administration confiée à un mandataire.

1. *Nomination et révocation du mandataire.*

302. Le gérant doit être nommé par l'unanimité des associés, p. 310.
303 Le gérant est-il révocable? p. 311.
304. *Quid* si l'acte de société confie l'administration à un étranger? p. 312.
305. Dans quel cas et par qui le gérant nommé par l'acte social peut-il être révoqué? p. 312.
306. Comment se fait la révocation de l'associé que l'article 1856 assimile à un simple mandataire? p. 313.

II. *Pouvoir de l'administrateur.*

307. Le gérant d'une société doit-il être assimilé à un mandataire général? Son pouvoir est plus ou moins étendu que celui du mandataire, d'après l'objet de la société, p. 314.
308. Le gérant peut-il hypothéquer les biens de la société? p. 315.
309. Le gérant peut-il contracter un emprunt? p. 316.
310. Le gérant a-t-il le droit de transiger et de compromettre? p. 318.
311. Le gérant peut-il agir en justice au nom de la société? Comment se donnent les assignations par la société et contre elle? p. 318.
312. *Quid* s'il y a plusieurs gérants? comment administreront-ils? p. 319.
313. Les associés ont-ils le droit d'intervenir dans la gestion quand il y a un gérant? p. 320.

N° 2. De l'administration exercée par les associés.

I. *Pouvoir des associés administrateurs.*

314. Première règle. Les associés, dans le silence de l'acte, ont un mandat tacite et général d'administrer, p. 321.
315. Ce mandat est limité par la durée de la société, p. 322.
316. Il ne concerne que les actes d'administration, p. 322.
317. Il est restreint par le pouvoir d'opposition des autres associés, p. 323
318. Quel est l'effet de l'opposition entre les parties et à l'égard des tiers? p. 324.
319. La majorité a-t-elle le droit, en matière d'administration, d'imposer sa volonté à la minorité? p. 325.
320. La majorité peut-elle modifier les statuts mêmes de la société? p. 326.
321. Faut-il la majorité absolue? ou la majorité relative suffit-elle? p. 328.
322. *Quid* si les voix se partagent? p. 329.
323. Deuxième règle. Du droit des associés de se servir des choses appartenant à la société, p. 329.

324. Troisième règle. Du droit de chaque associé d'obliger ses associés. Limites de ce droit, p. 330.
325 Quatrième règle concernant les innovations Qu'entend-on par là ? tout changement est-il une innovation dans le sens de la loi ? p. 331.
326. L'associé qui administre en vertu de l'article 1859 peut-il aliéner ? p. 332.
327. Quel est le sens de l'article 1860 ? Y a-t-il une différence, en ce qui concerne le pouvoir d'aliéner, entre l'associé gérant et l'associé qui administre dans le cas prévu par l'article 1859? Quelle est cette différence et quelle en est la raison? p. 333.
328. L'associé peut-il vendre sa part indivise dans les choses sociales, et quel est l'effet de cette vente à l'égard de la société et à l'égard de l'acheteur ? p. 336.

N° 3. Du droit de l'associé de s'associer un tiers.

329. L'associé peut s'associer un tiers. Il ne peut pas l'associer à la société, p. 337.

1. *De la prohibition d'associer un tiers à la société.*

330. L'associé administrateur peut-il associer un tiers à la société ? p. 337.
331 La défense de l'article 1861 est-elle applicable aux sociétés par actions? p. 338.
332. Un tiers peut être associé à la société avec le consentement de tous les associés, p. 339.
333. Comment ce consentement doit-il être donné ? et comment se prouve-t-il? p. 339.
334. La société peut se réserver le droit de préférence. Est-ce un droit de retrait analogue au retrait successoral? p. 340.
335. A partir de quel moment l'associé qui cède son droit sous l'empire de cette clause cesse-t-il d'être associé ? p. 341.
336. Dans quel cas la société peut-elle exercer son droit de préférence? p. 342.

II. *Du droit de l'associé de s'associer un tiers.*

337 Quelle est la nature de la convention qui intervient entre l'associé et le tiers ? Est-ce une vente ou est-ce une société? p. 343.
338. Quelle est la situation du tiers à l'égard de la société? p. 345.
339. Quelle est la situation du tiers à l'égard de l'associé avec lequel il a traité? p. 345.
340. Quelle est la situation du tiers cessionnaire qui devient associé à l'égard des créanciers de la société? Quelle est la situation du cédant? Celui-ci peut-il stipuler qu'il ne sera pas tenu des dettes existantes lors de la cession? *Quid* si cette stipulation se trouve dans l'acte de société ? p 346
341. Quelle est la situation des parties à l'égard des créanciers quand le tiers est un croupier ? p. 347.
342 Quels sont les droits des créanciers de l'associé à l'égard du tiers cessionnaire ou croupier ? p. 347.

CHAPITRE III. — DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS A L'ÉGARD DES TIERS.

§ Ier. *Quand la société est-elle obligée à l'égard des tiers ?*

343. Pour que la société soit obligée par l'engagement d'un associé, il faut 1° que celui-ci ait agi en cette qualité pour le compte de la société, p. 349.
344. Il faut 2° que l'associé ait pouvoir d'obliger la société. Quand l'associé a-t il pouvoir? faut-il que le pouvoir soit spécial? p. 350.
345. *Quid* si l'associé dépasse son pouvoir? Sera-t-il personnellement obligé? p. 351.

346. La société est encore obligée quand l'engagement contracté en son nom par un associé sans pouvoir a tourné à son profit, p. 352.
347. Faut-il, dans ce cas, que l'associé ait agi au nom de la société? p. 354.

§ II. *Comment les associés sont-ils tenus?*

348. Les associés ne sont pas tenus solidairement, p. 356.
349. Il y a exception lorsque la société est contractée sous une forme commerciale qui implique la solidarité des associés, p. 357.
350. De l'exception admise en matière d'indivisibilité, p. 357.
351. Les associés sont tenus à l'égard des tiers pour une part virile, p. 358.
352. *Quid* si le pacte social leur attribue une part différente et si le tiers a connaissance de cette clause? p. 359.
353. L'article 1863 s'applique-t-il à l'action *de in rem verso?* p. 359.

§ III. *Droits des créanciers.*

N° 1. Créanciers des associés.

354. Les créanciers peuvent-ils saisir et exproprier l'intérêt que leur débiteur a dans une société? Quels seront les droits de l'adjudicataire? p. 360.
355. Les créanciers d'un associé ne peuvent rien faire qui compromette ou entrave les droits des autres associés. Application du principe à la saisie-arrêt, p. 361.
356. Les créanciers ont-ils action sur la part indivise de leur débiteur dans les choses qui constituent le fonds commun? Quels sont leurs droits après la dissolution de la société? p. 362.

N° 2. Créanciers de la société.

357. Les créanciers de la société sont les créanciers des associés, p. 364.
358. Y a-t-il une différence entre les créanciers de la société et les créanciers des associés, résultant de l'article 1861? p. 365.
359. Quelle différence y a-t-il entre les créanciers sociaux et les créanciers des associés? p. 366.
360. Résulte-t-il de cette différence que les créanciers de la société jouissent d'un droit de préférence à l'égard des créanciers des associés? p. 367.
361. Le débiteur de la société peut-il opposer en compensation ce que lui doit un associé? p. 370.

CHAPITRE V. — DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ.

362. La société finit de plein droit dans les cas prévus par l'article 1865, nos 1-4. Si, à la dissolution de la société, les associés restent en société, il se forme une société nouvelle, p. 371.
363. La société finit par la volonté des associés dans le cas du n° 5 de l'article 1865, et par sentence du juge lorsqu'elle est demandée par l'un des associés pour cause légitime, p. 373.

SECTION I. — *Des cas dans lesquels la société finit de plein droit.*

§ Ier. *De l'expiration du temps.*

364. La société finit de plein droit à l'expiration du terme pour lequel elle a été contractée? Pourquoi? p. 374.
365. Pour quel terme la société peut-elle être contractée? *Quid* si la convention ne stipule pas de terme? p. 374.
366. Le terme peut être exprès ou tacite. Est-il toujours la limite certaine de la société? Jurisprudence, p. 375.

367. La société peut-elle finir avant l'expiration du terme par la volonté des associés? p. 377.
368. La société peut être prorogée avec le consentement des associés. La prorogation peut être tacite, p. 378.
369. Comment se prouve la prorogation? p. 378.
370. Comment se prouve la prorogation tacite? p. 379.
371. La prorogation constitue-t-elle une nouvelle société? p. 380.

§ II. *Extinction de la chose.*

372. Qu'est-ce que la loi entend par extinction de la chose? *Quid* si la perte du fonds commun est partielle? p. 381.
373. La perte de la mise d'un associé entraîne-t-elle la dissolution de la société? p. 382.

§ III. *Consommation de la négociation.*

374. Quand la négociation est-elle consommée? p. 383.

§ IV. *Mort d'un associé.*

375. La mort rompt la société à l'égard des héritiers de l'associé prédécédé et entre les associés survivants. Pourquoi? p. 384.
376. *Quid* si l'un des associés fait une opération sociale dans l'ignorance de la mort de son associé? L'opération est-elle valable? p. 385.
377. La société est-elle aussi dissoute à l'égard des tiers? p. 386.
378. *Quid* si des tiers traitent avec les associés dans l'ignorance de la mort et de la dissolution de la société? Est-ce que, dans ce cas, la société sera considérée comme subsistant? p. 386.
379. *Quid* si les héritiers de l'associé prédécédé sont mineurs? p. 388.
380. Les associés peuvent-ils stipuler que la société continuera entre les survivants, ou avec les héritiers du prédécédé? Les héritiers mineurs sont-ils compris dans cette clause? p. 390.
381. La stipulation qui admet les héritiers doit-elle être expresse? p. 391.
382. De la stipulation que la société continuera seulement entre les associés survivants. Quels sont, en ce cas, les droits des héritiers de l'associé décédé? p. 392.
383. Les associés peuvent-ils stipuler que tout le fonds social appartiendra successivement au survivant des associés? p. 393.

§ V. *Interdiction d'un associé.*

384. L'interdiction met fin à la société. *Quid* de la collocation dans un hospice ou de l'aliénation mentale? p. 393.
385. *Quid* de la mise d'un associé sous conseil judiciaire? p. 394.

§ VI. *De la déconfiture.*

386. Pourquoi la déconfiture met-elle fin à la société? En est-il de même de la faillite? p. 394.
387. A partir de quel moment la société prend-elle fin en cas de déconfiture? p. 396.
388. Le concordat ne fait pas revivre la société, p. 396.
389. L'article 1865 s'applique-t-il aux sociétés par actions? p. 397.
390. Le failli et ses créanciers peuvent-ils se prévaloir de la dissolution de la société contre les associés? p. 397.
391. Les associés peuvent-ils stipuler que la société subsistera dans le cas de déconfiture de l'un d'eux? p. 398.

§ VII. *Y a-t-il des exceptions à l'article* 1865?

392. Y a-t-il des sociétés qui, par leur nature, ne se dissolvent pas par la mort de l'un des associés? p. 398.
393. Y a-t-il des sociétés qui, par leur nature, ne se dissolvent pas par la déconfiture de l'un des associés? p. 399.

SECTION II. — *Des cas dans lesquels la société ne finit pas de plein droit.*

§ 1er. *Quand la société finit-elle par la volonté d'un associé?*

394. Quand la société a une durée illimitée, la volonté d'un seul ou de plusieurs associés y met fin. Quelle est la raison de cette exception au droit commun? p. 400.
395. Quand la société est-elle à terme? Quand est-elle illimitée? *Quid* des sociétés contractées pour une affaire déterminée? *Quid* des sociétés contractées à vie? p. 401.
396. Le droit de renonciation reçoit-il exception dans les sociétés par actions? Les associés y peuvent-ils renoncer? p. 404.
397. D'une exception admise par la jurisprudence, p. 404.
398. Conditions requises pour que la renonciation au droit de l'article 1869 soit valable. Quel est l'effet de la nullité? p. 405.
399. La renonciation doit être notifiée à tous les associés. Dans quelle forme? *Quid* si la notification n'a pas été faite à tous les associés? p. 407.

§ II. *Des causes légitimes pour lesquelles les associés peuvent demander la dissolution des sociétés à terme.*

400. Quelles sont les causes légitimes pour lesquelles le juge peut prononcer la dissolution de la société? Pouvoir d'arbitrage du juge, p. 408.
401. De la condition résolutoire tacite appliquée à la société, p. 408.
402. Différence entre la résolution de la société en vertu de la condition résolutoire tacite et la dissolution de la société dans les divers cas où elle prend fin, p. 410.
403. Y a-t-il lieu à la résolution ou à la dissolution quand l'associé manque à un engagement contracté pendant la durée de la société? p. 410.
404. Critique d'un étrange arrêt de la cour de Lyon, p. 410.
405. Quand l'infirmité d'un associé est-elle une cause de dissolution? Différence entre le cas où l'associé ne remplit plus ses obligations pour cause d'infirmité et le cas où il ne les remplit pas par sa faute, p. 412.
406. Des autres causes légitimes de dissolution, p. 413.

SECTION III. — *Du partage.*

407. Quand y a-t-il lieu au partage? p. 414.
408. Quand le partage peut-il être demandé? p. 414.
409. Les registres sociaux tenus par l'un des associés peuvent-ils être invoqués comme preuve dans la liquidation qui se fait entre associés? p. 415.
410. Quelles sont les règles sur le partage des successions qui reçoivent leur application au partage entre associés? p. 416.
411. Le retrait successoral est-il admis en matière de société? p. 417.
412. Les créanciers sociaux peuvent-ils requérir l'apposition des scellés sur l'actif social? p. 417.
413. L'article 882 est-il applicable aux créanciers sociaux, ou restent-ils sous l'empire du droit commun de l'article 1167? p. 418.
414. L'article 792 est-il applicable aux associés? p. 419.

415. Les articles 826 et 832 sont applicables à la société, p 420.
416. Le partage entre associés peut-il être rescindé pour cause de lésion? p 421.
417. Les articles 884 et suivants sur la garantie entre cohéritiers s'appliquent aux associés, p. 421.
418. Le partage entre associés est déclaratif de propriété. Jusqu'à quel jour le partage rétroagit-il? p. 421.

ANNEXES.

I. *Des sociétés charbonnières.*

419. Caractère spécial des sociétés charbonnières, p. 423.
420. Les sociétés charbonnières sont des sociétés civiles, p. 424.
421. Elles forment, à la différence des sociétés civiles, une personne morale, distincte de celle des associés, p. 425.
422. Les sociétés charbonnières constituent-elles une association de personnes ou une association de capitaux? L'article 1861 est-il applicable aux sociétés charbonnières? p. 426.
423. L'article 1859 est-il applicable à la société charbonnière? Quels sont les droits des associés pendant la durée de la société? p. 427.
424. Les associés peuvent-ils intervenir dans les procès qui existent entre la société et un tiers? p. 428.
425. Les créanciers de la société charbonnière ont pour gage le fonds social, de préférence aux créanciers personnels des associés, p. 429.
426. Le droit des associés contre la société se prescrit-il? La prescription est-elle interrompue par des actes faits par les associés ou contre eux? p. 429.
427. De l'administration des sociétés charbonnières. Du pouvoir des gérants. Du pouvoir de l'assemblée générale. Comment on compte la majorité, p. 430.
428. Obligations des associés quant aux dépenses. Les anciens usages qui prononçaient la déchéance sont-ils encore en vigueur? p. 431.
429. Obligations des associés quant aux dettes sociales. En sont-ils tenus solidairement? Sont-ils tenus pour une part virile ou dans la proportion de leur intérêt? p. 432.
430. Les sociétés charbonnières finissent-elles par la mort ou la renonciation de l'un des associés? Jurisprudence des cours de Belgique, p. 433.
431. Jurisprudence française, p. 436.

II. *De la communauté.*

1. Qu'est-ce que la communauté?

432. La communauté est-elle un quasi-contrat? p. 437.
433. Quelle différence y a-t-il entre la communauté et la société? p. 438.
434. Conséquence qui en résulte. La communauté est défavorable, tandis que la société est vue avec faveur. L'article 815 ne s'applique pas à la société, p. 439.

2. Droits et obligations des communistes.

435. Les droits et obligations des communistes sont-ils les mêmes que ceux des associés? p. 440.
436. Quel est le principe de la communauté en ce qui concerne les droits des communistes, et en quoi ce principe diffère-t-il de celui de la société? p. 441.
437. Quel est le principe en ce qui concerne les obligations des communistes, et en quoi diffère-t-il de celui de la société? p. 442.
438. L'un des communistes a-t-il action contre l'autre pour le contraindre à faire les réparations ou des innovations? p. 443.

439. Un communiste peut-il céder sa part dans la chose commune en mettant l'acheteur en son lieu et place? p. 443.
440. Les communistes sont-ils mandataires l'un de l'autre pour administrer dans l'intérêt commun? Qui est obligé par les contrats qu'ils font dans un intérêt commun? Le communiste qui a contracté a-t-il un recours contre son copropriétaire? quel est ce recours? p. 444.
441. L'article 1849 est-il applicable aux communistes? p. 446.
442 L'article 1848 est-il applicable aux communistes? p. 447.
443. Comment les intérêts communs des communistes sont-ils administrés? La majorité a-t-elle le pouvoir de lier la minorité? p. 447.
444. L'article 1846 est-il applicable aux communistes? S'ils tirent un profit personnel d'une chose commune en doivent-ils compte aux copropriétaires? p. 448.

5. Comment la communauté finit.

445. L'article 1865 est-il applicable à la communauté? p. 449.
446. Différence entre la dissolution de la communauté et la dissolution de la société, et raison de cette différence, p. 450.
447. De l'action qui naît de la communauté pour parvenir au partage. En quoi elle diffère de l'action qui naît de la société, p. 451.

4. Applications.

448. Quand deux ou plusieurs personnes mettent une chose en commun, il en résultera une société ou une communauté, d'après l'intention des parties contractantes, p 451.
449. Quand l'achat en commun constitue-t-il une société? et quand en résulte-t-il une simple communauté? p. 452.
450. La vie commune et la communauté qui existent entre deux personnes qui vivent en concubinage est-elle une société ou une simple communauté? Comment se fait la preuve? p. 453.

TITRE XI (titre X du code civil). — DU PRÊT.

CHAPITRE Ier. — NOTIONS GÉNÉRALES.

451. Division du prêt. Différence entre le prêt à usage et le prêt de consommation, p. 457.
452. Conséquence qui résulte de cette différence en ce qui concerne les risques, p. 459.
453. Les deux prêts sont des contrats réels, p. 460.
454. La promesse de prêter est-elle valable? Quel en est l'effet? p 460.

CHAPITRE II. — DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT.

SECTION I. — *De la nature et des conditions du prêt à usage.*

455. Objet du contrat. Est-il personnel aux parties contractantes? p. 462.
456. Le prêteur est-il obligé? Le contrat est-il bilatéral? p. 463.
457. Le commodat est un contrat gratuit par son essence, p. 464.
458 Qui peut consentir un prêt? p. 465.
459. Qui peut recevoir un prêt? p. 466.
460. Quelles choses peuvent faire l'objet du commodat? p. 466.
461. Celui qui prête doit-il être propriétaire de la chose? p. 467.
462. Comment se prouve le prêt? Etrange arrêt de la cour de Colmar défendu par Troplong par des arguments plus étranges encore, p. 467.

SECTION II. — *Des obligations de l'emprunteur.*

§ Ier. *De l'usage de la chose.*

N° 1. De l'usage légitime.

463. Quand l'usage est-il légitime? Quand est-il illicite? p. 470.
464. L'usage est-il légitime quand le contrat ne l'autorise pas, mais que l'on peut présumer que le prêteur y aurait consenti? p. 470.
465. L'emprunteur est tenu des dépenses ordinaires qui sont nécessitées par l'usage qu'il fait de la chose, p. 472.

N° 2. De l'usage illicite.

466. L'emprunteur qui fait un usage illégitime de la chose est tenu des dommages-intérêts, s'il y a lieu, p. 472.
467. Le prêteur peut-il demander la résolution du contrat lorsque l'emprunteur manque à ses engagements? p. 473.
468. L'emprunteur qui fait un usage illicite de la chose est-il coupable de vol? Est-il coupable d'abus de confiance quand il dispose de la chose prêtée? p. 474.
469. L'emprunteur qui fait un usage illégitime de la chose est tenu des cas fortuits, p. 474.
470. En est-il tenu parce qu'il s'en charge, ou en est-il tenu à raison de sa faute? Cesse-t-il d'être responsable s'il prouve que le cas fortuit est étranger à sa faute? p. 475.

N° 3. De la garde de la chose.

471. L'emprunteur doit veiller à la garde et à la conservation de la chose. De quelle faute répond-il? p. 477.
472. L'emprunteur répond-il du cas fortuit? *Quid* si la chose est venue à périr à l'occasion du prêt? Doctrine des auteurs de droit naturel. Jurisprudence, p. 479.
473. L'emprunteur répond du cas fortuit quand il est en faute. Quand est-il en faute? Premier cas prévu par l'article 1882, p. 481.
474. Second cas prévu par l'article 1882. Est-ce l'application de la théorie de la faute la plus légère? L'emprunteur est-il responsable si la chose qui lui appartient est plus précieuse que celle qu'il a empruntée? p. 482.
475. L'estimation de la chose met les risques à la charge de l'emprunteur, p. 484.
476. De la responsabilité solidaire des emprunteurs, p. 485.

N° 4. De la restitution de la chose prêtée.

477. Quand l'emprunteur doit-il restituer la chose, si le prêt est fait à terme? D'un tempérament d'équité admis par Pothier et par les auteurs modernes, p. 485.
478. *Quid* s'il n'y a pas de terme fixé par la convention? Quand le juge peut-il déterminer la durée de la convention? p. 487.
479. Quand le juge peut-il ordonner la restitution avant l'expiration du terme exprès ou tacite pour lequel le prêt a été consenti? p. 487.
480. L'emprunteur jouit-il du droit de rétention? p. 489.

SECTION III. — *Des obligations du prêteur.*

481. L'article 1888 établit-il une obligation à charge du prêteur? p. 490.
482. Quelles sont les dépenses que le prêteur doit rembourser à l'emprunteur? p. 490.
483. Quand le prêteur est-il tenu de la garantie à raison des vices de la chose? p. 491.
484. Des droits du prêteur et des actions qui lui appartiennent, p. 494.

CHAPITRE III. — DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT.

SECTION I. — *De la nature et des conditions du prêt de consommation.*

485. Le prêt est-il un contrat bilatéral? Une étrange discussion du conseil d'Etat, p. 496.
486. Le prêt est-il un contrat réel? *Quid* s'il a pour objet des choses déterminées? Y a-t-il opposition entre les articles 1892 et 1893 et le principe de l'article 1138? p. 498.
487. Conséquence de la réalité du contrat. Qui supporte le risque tant que la chose n'est point livrée à l'emprunteur? p. 502.
488. Le prêt de consommation transfère la propriété de la chose à l'emprunteur. Conséquence qui en résulte quant aux risques. Jurisprudence, p. 503.
489. Le prêt est un contrat gratuit de sa nature, mais non de son essence, p. 504.
490. Quelles choses peuvent faire l'objet du prêt de consommation? p. 505.
491. Qu'entend-on par choses consomptibles? p. 506.
492. Qui peut faire un prêt de consommation? *Quid* de ceux qui administrent les bien d'autrui? p. 506.
493. Quel est l'effet du prêt fait par le non-propriétaire à l'égard du propriétaire et entre les parties? p. 507.
494. Le prêt est-il validé si l'emprunteur a consommé de bonne foi les choses prêtées? p. 509.
495. Le prêt se valide-t-il aussi quand l'emprunteur invoque ou peut invoquer la maxime de l'article 2279? p. 510.
496. Quel est l'effet du prêt fait par un incapable? La femme séparée de biens peut-elle faire un prêt de consommation? p. 510.
497. Les mineurs émancipés ou non émancipés peuvent-ils faire un prêt? Quel es l'effet du prêt qu'ils consentent? Quel est le caractère de la nullité? p. 511.
498. Le prêt fait par un incapable est-il validé si l'emprunteur consomme la chose de bonne foi? p. 512.
499. Qui supporte la perte de la chose prêtée par un incapable ou par le non-propriétaire? p. 513.
500. Les incapables peuvent-ils emprunter? Quel est l'effet des emprunts qu'ils contractent? p. 513.

SECTION II. — *Des obligations du prêteur.*

501. De l'obligation de garantie, p. 514.
502. Quand le prêteur peut-il demander la restitution de la chose? *Quid* si, avant l'expiration du terme, il lui survient un besoin pressant et imprévu de la chose? p. 515.
503. *Quid* s'il n'y a pas de terme fixé par la convention? Quel est, dans ce cas, le droit de l'emprunteur et quel est le pouvoir du juge? p. 516.
504. *Quid* si le contrat porte que l'emprunteur rendra quand il le pourra ou quand il le voudra? p. 517.

SECTION III. — *Obligations de l'emprunteur.*

505. Qu'est-ce que l'emprunteur doit rendre? Pourquoi la loi ne l'oblige-t-elle pas à rendre des choses de même valeur? p. 518.
506. Quand l'emprunteur peut-il rendre la valeur des choses empruntées, au lieu de les restituer en nature? Critique de la doctrine des auteurs, p. 519.
507. Quelle est la valeur qu'il doit rendre? Critique de la loi, p. 522.
508 Comment se fait la restitution d'actions industrielles prêtées pour un temps déterminé avec faculté d'en disposer? p. 524.

509. Comment se fait la restitution des sommes d'argent ? p. 527.
510 *Quid* si l'argent est prêté en lingots? p 528.
511. *Quid* si l'emprunteur ne restitue pas la chose prêtée au terme convenu? L'article 1904 est-il applicable au prêt de denrées? p. 529.

CHAPITRE IV. — DU PRÊT A INTÉRÊT.

512. Le prêt à intérêt est un prêt de consommation. Présente-t-il les mêmes caractères? p 530.
513. Pourquoi le code dit-il qu'il est permis de stipuler les intérêts dans tout prêt? Le droit divin de l'Eglise et la réalité, p. 531.
514 Les intérêts doivent être stipulés. Faut-il une stipulation formelle? p. 533.
515. Si la convention porte que les intérêts ne seront pas dus jusqu'à telle époque, seront-ils dus à partir de cette époque? p. 534.
516. Si la clause porte que le prêt sera remboursé à telle époque, avec intérêts jusqu'alors, le débiteur devra-t-il continuer à payer les intérêts s'il ne rembourse pas à l'échéance? p. 536.
517. L'article 1905 est-il applicable en matière de commerce? p. 537.
518. Présomption de payement des intérêts et de libération établie par l'article 1905. Admet-elle la preuve contraire? p 538.
519. La présomption de l'article 1908 est-elle applicable, dans le cas d'un payement partiel, aux intérêts de la partie de la créance qui reste due? p. 539.
520. L'emprunteur est-il admis à prouver par présomptions, en matière commerciale, l'époque du versement des fonds quand l'acte de prêt n'indique pas cette date? p. 541.
521. Le prêteur peut-il demander le remboursement du capital si l'emprunteur ne paye pas les intérêts ou ne remplit pas les autres obligations que lui impose le contrat? Est-ce le cas d'appliquer l'article 1184 ou l'article 1188? Les parties peuvent-elles stipuler le pacte commissoire? p. 541.
522. *Quid* si l'emprunteur paye des intérêts qui n'étaient pas stipulés? Quel est le sens de l'article 1906 et quel est le cas qu'il prévoit ? p. 543.
523. Y a-t-il lieu à répétition quand l'emprunteur paye par erreur des intérêts qui n'étaient pas convenus, ni expressément ni tacitement ? p. 545.
524 et 525. Quel est le taux de l'intérêt? Système du code civil. Système de la loi du 3 septembre 1807, p. 546
526. Résultat de la loi de 1807 au point de vue des emprunteurs et au point de vue de l'intérêt social. La loi est abrogée en Belgique, p. 549.
527. Pourquoi la loi exige-t elle que le taux de l'intérêt soit fixé par écrit? En résulte-t-il que le prêt à intérêt soit un contrat solennel ? p. 551.
528. Le taux de l'intérêt ne peut-il être prouvé que par écrit? L'article 1907 déroge-t-il aux règles concernant l'aveu et le serment? p. 552.
529. Jurisprudence de la cour de cassation, p. 553.
530. *Quid* si les parties conviennent qu'un intérêt a été stipulé et si elles sont en désaccord sur le taux? La présomption est-elle que ce taux est l'intérêt légal? p. 554.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS.