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 Bouttville : « 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, n° 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, n° 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*, n°s 264 et 265.
(2) Rejet, 17 avril 1831 (Dalloz, au mot *Société*, n° 256, 7°, et Pont, t. VII, p. 122, n° 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, nos 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 Ier 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).