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).

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, n° 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'administration 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.

(1) Cassation, 22 novembre 1852 (Dalloz, 1872, 1, 325). Comparez Aix, 30 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 117).

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 commune; 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).

(1) Rennes, 19 décembre 1833 (Dalloz, au mot *Société*, n° 307).
(2) Paris, 19 août 1851 (Dalloz, 1854, 2, 84).

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*. » Bouteville, 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) Bouteville, Rapport, n° 2 (Locré, t. VII, p. 279).