

de l'opinion précédente, ils se sont évertués à faire l'article 1867 plus *obscur*, plus *équivoque* qu'il ne l'est en effet, et cela pour avoir le droit de se rattacher à l'ensemble des dispositions du Code sur l'effet de l'obligation de livrer (1).

Au fond, la question est celle-ci : l'article 1867 exige-t-il la tradition de la chose pour rendre la société propriétaire ? ou bien laisse-t-il le contrat de société sous l'empire du droit commun exprimé par les articles 711, 1138, 1583 du Code civil ?

927. A ce point de vue, je l'avouerai sans détour, l'article 1867 me paraît aussi clair qu'un autre ; je n'y aperçois ni tant d'obscurité ni tant d'équivoque ; j'y lis, en caractères suffisamment apparens, la confirmation du principe moderne d'après lequel la propriété se transmet par la puissance de la convention. Les illusions de l'opinion contraire ne méritent pas qu'on leur sacrifie le texte de notre article. Il ne manque de précision que pour ceux qui ne savent pas l'entendre.

En effet, le cas du premier paragraphe est celui où la société n'est pas encore propriétaire de la chose. Trouve-t-on dans ce paragraphe un mot, un seul mot qui indique que la transmission de la propriété soit subordonnée à la tradition ? Non ! et je ne puis comprendre comment des esprits distingués y ont vu des traces de tradition.

Le troisième paragraphe prévoit le cas opposé, où la propriété a été conférée à la société ; mais ce paragraphe dit-il que c'est par la tradition que la transmission de la propriété s'est opérée ? Pas davantage, et il faut poursuivre des chimères pour trouver là la tradition.

(1) M. Toullier, *loc. cit.*

M. Duvergier, n° 421.

Mais surtout M. Duranton, n° 467.

928. Faut-il des preuves de ceci ?

Le premier paragraphe de l'article 1867 n'aurait pu tenir compte de la tradition qu'autant que l'hypothèse prévue par lui aurait placé les parties dans les termes d'une obligation de livrer réunissant toutes ses conditions de perfection. Mais telle n'est pas son idée ; il ne s'occupe pas d'une telle obligation ; il laisse par conséquent ses effets sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire, de l'article 1138. Le cas spécial qu'il a en vue est celui de la perte d'une chose non pas acquise, mais simplement destinée à la société. Sa pensée se porte sur une promesse de mettre *in futurum* une chose en commun, sur une convention qui se borne à donner à la chose une destination sociale, mais où l'intention des parties renvoie la mise en commun à une époque future : « Ita, » disait Dumoulin, *quod intentio partium et verba dispositiva referentur ad actum de futuro* (1). »

Tous les jurisconsultes, qui ont traité de la société, ont insisté sur cette grande différence entre les choses destinées à la société, et les choses conférées à la société. Ulpien, d'après Celsus, s'en est particulièrement occupé (2) ; et elle n'a pas échappé à ses commentateurs, qui ont fort bien remarqué que la destination d'une chose à une société ne suffit pas pour la rendre sociale (3). Felicius a résumé leur doctrine dans ce court passage : « Quod si res destinata societati contrahendæ et pereat, » societati perire non dicitur (4). »

(1) V. mon comm. de la vente, t. 1, n° 125.

(2) L. 58, § 1, D. *Pro socio*.

« Si vero perit, antè collationem, postquam istam destinasses... non societati perit. »

(3) Favre sur cette loi. — V. aussi Godefroy.

(4) C. 27, n° 2 ; ceci s'applique très-bien à une promesse de société *in futurum*.

C'est cette distinction que l'article 1867 a entendu reproduire; le paragraphe premier a trait à la chose destinée à la société, le troisième à la chose conférée à la société: on le dirait calqué sur le texte d'Ulpien.

929. Pour mieux apercevoir cette pensée, il faut se reporter à l'historique de l'article 1867. L'élaboration successive dont il est sorti la place dans le jour le plus éclatant (1). C'est ce qu'a prouvé M. Toullier dans sa dissertation pleine de vigueur sur l'article 1867 (2).

Que faisait, en effet, le projet originaire dans son article 57 (3)? Afin de rendre plus palpable la distinction d'Ulpien, il proposait un exemple caractéristique, au plus haut degré, d'une simple destination, séparée de la mise effective par un trait de temps; il supposait la convention de mettre en société le prix qui serait retiré de la vente de marchandises: en sorte que ce qu'il mettait en scène, c'était une chose non existante au moment de la promesse!! La différence entre la destination et la réalisation était-elle assez claire?

Puis est venu le projet de M. Berlier. Quoique plus général, son nouvel article 38 n'en était pas moins l'expression d'une préoccupation conforme (4). « La chose que l'un des associés *devait* mettre, et qui a péri!! » *Devait!* Cette expression a été employée tout exprès pour embrasser tous les cas où la destination est séparée de la réalisation par la volonté des parties, ou par une impossibilité actuelle.

M. Duranton croit que cette rédaction combattait le

(1) *Suprà*, n° 922 et suiv.

(2) *Loc. cit.*

(3) *Suprà*, n° 922.

(4) *Suprà*, n° 1013.

nouveau principe des articles 711 et 1138 et dérogeait aux anciens principes enseignés par tous les auteurs; et cependant il reconnaît que tout ce qu'on avait voulu, c'était de rendre la disposition du projet primitif plus générale!! L'estimable professeur tombe ici dans une évidente contradiction; l'article primitif était copié dans Pothier (1). Or, puisqu'on avait le dessein de le rendre plus général, c'est apparemment qu'on entendait confirmer la doctrine de ce jurisconsulte, et non pas y déroger. De plus, généraliser et confirmer cette doctrine, c'était, non pas heurter le moins du monde les articles 711 et 1138, mais se placer de plus en plus dans des hypothèses étrangères à leurs prévisions.

C'est à ce point que le Tribunat a pris la question, lui donnant pour solution l'article 1867. Cette solution est-elle différente? porte-t-elle sur une thèse dont les termes ne soient pas les mêmes? Non! évidemment non! Seulement, de même que le projet de M. Berlier avait étendu le point de vue du projet primitif, de même l'article du Tribunat élargit le cercle du projet de M. Berlier. A côté du cas d'extinction de la chose destinée à la société, il voulut placer le cas de perte de la mise déjà communiquée à la société, et rétablir les deux branches de la distinction d'Ulpien et de Celsus.

930. A cette démonstration donnée par la filiation de l'article 1867, ajoutons celle du texte.

Les mots saillans de cet article sont ceux-ci: *a promis de mettre en commun, et avant que la mise en soit effectuée.* Mais, pour en fixer le sens, il faut les rapprocher du troisième paragraphe, portant: « La société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. » Le point autour duquel tourne

(1) *Suprà*, n° 1012.

le législateur est la transmission de la propriété à la société ; car les résultats sont divers quand elle a été transmise, et quand elle ne l'a pas été.

Dans ce troisième paragraphe, le législateur ne s'explique pas sur les moyens qui, à ses yeux, peuvent rendre la société propriétaire ; la tradition y est passée sous silence, et je ne saurais par quel effort de divination on pourrait l'y introduire. Sachons comprendre la valeur de ce silence ; surtout n'ayons pas la folle pensée de le tourner contre le droit commun, si énergiquement consacré par les articles 711 et 1138.

Dans le premier paragraphe, l'aspect change ; le législateur va traiter le cas où la société n'est pas encore propriétaire, et où arrive la perte de la chose : mais pour que cette perte puisse intéresser la société, il faut qu'il y ait une liaison entre son existence et celle de cette chose. D'où procédera cette liaison ?

De l'obligation contractée par l'associé de livrer la chose ? Non ! car, aux termes de l'article 1138, on tomberait dans le cas du troisième paragraphe, et le législateur se réserve de l'examiner dans un autre instant. Il se sert donc d'expressions qui indiquent une autre nature d'obligation ; il pose la société en face d'une simple promesse de mettre en commun la propriété de la chose, sans que la mise ait encore été effectuée.

931. Qu'est-ce qu'une promesse de mettre quelque chose en société ? est-ce une société parfaite, définitivement constituée ?

Nous ferons une distinction, car l'expression *promettre* n'a pas toujours le même sens. Quelquefois elle se concilie avec un contrat actuel, parfait, et d'une exécution présente ; d'autres fois, elle indique un contrat suspendu par une condition, et qui a mis la partie dans la nécessité de *promettre*, parce qu'elle ne pouvait pas actuellement *tenir* ; d'autres fois, enfin, elle se prend à la lettre ; elle

exprime qu'on promet pour l'avenir ce qu'on ne veut pas faire présentement.

Où la promesse résulte de paroles qui se réfèrent à un acte présent, à un fait actuel investi de toutes les qualités constitutives de la société, et alors elle est une société parfaite et définitivement constituée (1). C'est ce qui aurait lieu s'il était dit : « Nous nous associons » pour le commerce des blés à partir de ce jour, et je » promets d'apporter à la société mon vaisseau qui est » dans le port de Marseille. » C'est en ce sens que le mot promis est employé dans l'article 1845, où il est dit : « Chaque associé est débiteur envers la société de » tout ce qu'il a promis d'y apporter. » C'est encore en ce sens que Pothier s'en est servi aux numéros 110, 111, 113, 115, 116, 117 de son *Contrat de société*.

Mais si la promesse est renfermée dans les termes d'un acte à faire dans le futur, si ces termes ne disposent que pour l'avenir (2), la promesse établira sans doute un lien de droit entre les parties ; mais elle différera d'une société pure en ce que, pour son entière exécution, elle requerra le complément de faits ultérieurs.

Tantôt ce sera une simple promesse de société semblable à une promesse de vente *in futurum*, et incapable de transférer la propriété de plein droit et immédiatement (3) ; tantôt ce sera une société conditionnelle dans laquelle les parties ont dû se borner à convenir de la destination de la chose, soit parce que cette chose n'existait pas encore, soit parce qu'on n'en avait pas la libre disposition.

932. Ainsi, par exemple (4), je promets de mettre

(1) V. Dumoulin, cité dans mon comm. de *la vente*, t. 1, n° 125.

(2) *Ibid.*

(3) Mon comm. de *la vente*, t. 1, n° 130.

(4) M. Delvincourt, t. 3.

en société une cargaison de blé qui, partie d'Odessa sur le navire le *Sphinx*, doit arriver bientôt à Marseille, et que je me propose d'acheter; il est évident qu'il n'y a pas de société pure dans une telle convention, et que c'est le cas de dire avec Dumoulin: « *Intentio partium et verba dispositiva referuntur ad actum de futuro.* »

Ainsi encore, je promets de mettre en société mon navire l'*Ajax*, qui reviendra dans trois mois d'un voyage aux Indes. Est-ce là une société assise sur ses bases définitives? Cette convention ne contient-elle pas une simple destination de la chose, et non une attribution?

Ayant un jeune cheval de choix, je promets que lorsqu'il sera revenu des pâturages de Normandie, où il achève de s'engraisser, j'en mettrai la propriété en société avec vous pour le réunir à vos trois chevaux, et en faire un bel attelage que nous vendrons aux écuries du roi. Est-il besoin de dire que cette affaire, comme la précédente, est en suspens et qu'elle attend un complément?

Enfin, pour en finir avec les exemples: Pierre est en instance auprès du gouvernement pour obtenir la concession d'une mine, et, dans la prévision d'une autorisation prochaine, il s'entend avec divers capitalistes dont le concours lui est nécessaire pour l'exploitation future de la mine, et il passe avec eux une promesse portant qu'il mettra la mine en société et qu'eux prendront tant d'actions (1). Cette promesse est encore une de celles dans lesquelles on trouve une chose destinée, mais non apportée à la société.

933. Dans tous ces cas, la promesse est séparée de la réalisation de la mise par un intermédiaire. Si la société

(1) V. *suprà*, n° 332, une combinaison que celle-ci me rappelle, quoique l'une et l'autre se distinguent par de graves différences.

est conditionnelle, il faudra attendre l'événement qui, en la purifiant, permettra d'effectuer la mise; s'il n'y a eu qu'une simple promesse de société, il faudra un fait pour passer de la promesse à l'acte, et ce fait sera ou un nouveau contrat qui complètera le premier, ou bien la tradition de la chose promise qui suppléera à ce contrat, et de laquelle résultera la preuve et la manifestation d'une société devenue parfaite et actuelle (1). Car, de même que la tradition de la chose, dont on a promis de faire vente, réalise la vente même (2), de même la tradition de l'objet, qu'on avait promis de mettre en société, réalise la société. « *Uti non minus, disait Voet, re quam verbis societatem coire placet (L. 4 D. Pro socio), ita ratio non est cur non idem in emptione probetur (3).* » La tradition n'est pas requise ici comme une nécessité pour transférer la propriété, mais comme preuve que les parties sont entre elles dans les termes d'une société véritable et parfaite.

934. Eh bien! ce sont les cas analogues à ceux que j'ai cités au numéro 932, dont le législateur s'est occupé dans le paragraphe premier de l'article 1867; c'est en les contemplant qu'il a parlé d'un associé qui *a promis de mettre en commun la propriété d'une chose*; c'est pour eux qu'il a prévu le cas de perte *avant que la mise en soit effectuée*. Si M. Duranton soutient que ce n'est pas vraisemblable, nous lui répondrons par Ulpien et Celsus, par tous les jurisconsultes qui ont répété la distinction entre la chose destinée et la chose communiquée, par le projet primitif de la commission dont les amendemens postérieurs ne sont que l'extension et la généralisation. Mais

(1) Mon comm. de la vente, t. 1, n° 414.

(2) *Ibid.*, n° 130.

(3) Ad Pandectas, *De cont. empt.*, n° 2.