

été mixte; puisqu'elle est personnelle, il faut chercher en dehors des associés le véritable propriétaire de l'actif social. Ce propriétaire ne peut être que la société elle-même. Or, admettre que l'être collectif a un droit de propriété, c'est reconnaître qu'il est une personne civile.

Ainsi raisonne M. Duvergier. Mais je ne puis me décider à faire cause commune avec lui dans cette argumentation. L'action *pro socio* n'a jamais eu la même fin et le même but que l'action *communi dividendo* (je laisse de côté l'action *familice erciscundæ* qui n'avait lieu qu'en matière de succession). Ulpien le déclare en propres termes dans la loi 13, D. *Pro socio*, où il enseigne que l'action *communi dividendo* n'empêche pas l'action *pro socio*. En effet, la première concerne plus la division des choses communes que les prestations personnelles; au contraire, la seconde ne concerne que les prestations personnelles et les obligations respectives découlant du contrat de société (1). A entendre M. Duvergier, il semblerait que le partage d'une société ne dût se faire que par l'action *pro socio*, et non par l'action *communi dividendo*, propre à la simple communauté. Eh bien! Ulpien dit tout le contraire. Il nous montre un partage opéré par l'action *communi dividendo* entre associés, et s'il faut en croire les meilleurs interprètes, Do-

(1) Favre sur cette loi: « Actionem communi dividendo non tam » d personales vicissim prestationes pertinet, ut actionem pro socio, » quam ad communium rerum divisionem; et contra, actionem pro » socio magis ad personales invicem prestationes, quam ad res divi- » dendas; etsi iudicium quoque communi dividendo, suas quoque » prestationes habet accessorias. — Plus haut, il avait dit: « Actio » communi dividendo adjudicationes mutuas admittit, quas admit- » tere non potest actio pro socio. »

neau (1), Vinnius (2) et Voet (3), on ne pouvait partager les choses communes dans une société que par l'action *communi dividendo* seule, jamais par l'action *pro socio* (4), dont la fin ne concernait pas la division et l'attribution des lots (5).

65. Mais revenons à notre conclusion. On a vu les idées que le droit romain a transmises au droit des nations modernes sur l'existence des sociétés comme corps moral. De bonne heure elles ont été développées par les interprètes. Balde, jurisconsulte du quatorzième siècle (6), en est la preuve. Mais elles n'attendirent pas cette époque pour gouverner le droit français. On les trouve pour ainsi dire innées dans les sociétés tacites qui couvrirent la France au berceau de la monarchie. J'ai dit dans la préface de cet ouvrage que ces sociétés formaient un corps; Coquille a insisté avec force sur ce caractère des associations agricoles du Nivernais. Il est étonnant qu'avec de tels exemples nationaux, si décisifs et si frappants, des écrivains, d'un vrai mérite du reste (7), soient allés chercher dans les sociétés de commerce italiennes l'origine d'une institution qui se perd dans les antiquités du droit français. Au surplus, nous verrons plus tard les associations civiles établies en Provence pour les dessèchemens, prendre le titre de corps et en avoir l'existence et les prérogatives (8).

66. Les sociétés civiles peuvent donc revendiquer à

(1) Com., lib. 13, C. 17, n° 3, *in fine*.

(2) *Quæst. select.*, lib. 1, c. 36.

(3) *Ad Pand.*, *Pro socio*, n° 10.

(4) L. 1 D. *Com. divid.*

(5) *Infrà*, nos 519 et 997.

(6) Savigny, *Hist. du droit romain*, t. 4, p. 253. J'ai cité ci-dessus le passage des écrits de Balde.

(7) M. Fémery, *loc. cit.*

(8) *Infrà*, n° 344.

l'égal des sociétés de commerce une personnification que nous trouvons en elles, aussi loin que nous remontons dans l'histoire du droit. Ce *corpus mysticum*, que Straccha signalait dans les sociétés commerciales (1), Balde l'avait aperçu dans toutes les sociétés quelconques (2). Et quand le projet de Code civil fut communiqué aux cours d'appel, la Cour de Rouen exprima son regret de ne l'y pas trouver assez saillant : « Nous observerons au surplus qu'on a omis un des premiers principes qui dérivent de la nature des sociétés ; ce principe est que la société forme une personne fictive et morale séparée des associés, et qu'en conséquence on ne peut saisir les immeubles et les fonds de la société pour les dettes personnelles d'un des associés, lorsque la société est légalement et authentiquement constatée ; sans préjudice toutefois des hypothèques antérieures qui auraient appartenu à l'un des associés (3). » La Cour de Rouen avait donc conscience de ce grand caractère de la société civile qui vit comme un corps moral. Seulement elle se trompait quand elle croyait que le Code civil n'en contient pas la révélation. Il suffit en effet de lire les articles 1845, 1846 (4), 1848, 1849, 1851, 1852, 1863, 1867, l'article 1859 surtout, où nous voyons la société investie d'un droit de propriété qui restreint

(1) Societas est *corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum*. Decis. rotæ Genuæ, VII, 9, 10. V. Salicet. sur la loi 9 C. de Comp. cité *suprà*, n° 62, note, et Deluca, lib. 2 des *Regal. Disc.* 91, n° 9.

(2) *Suprà*, n° 62 (note). Pothier personnifie aussi la société, *Prescript.*, n° 79. Il distingue trois temps de possession en ce qui concerne les choses sociales : 1° la possession de l'associé qui a apporté la chose ; 2° la possession de la société, quand l'apport a été réalisé ; 3° la possession de l'associé à qui le partage l'a fait échoir.

(3) Fenet, t. 5, p. 544.

(4) La Caisse, dit cet article (V. *suprà*, n° 64).

l'usage de la chose de la part des associés considérés privativement, et où le droit de l'être moral plane sur le droit des individus et le condamne à la subordination (1). C'est ce corps qui est créancier de la mise de l'associé ; c'est lui qui en devient propriétaire ; c'est lui qui, à son tour, peut devenir débiteur de l'un des associés ; c'est lui qui achète, et l'on se tromperait si l'on croyait qu'il y a autant d'acheteurs que d'associés. Il n'y a qu'un seul acheteur, c'est la société (2). Si deux associés mettent en commun chacun un immeuble, dit très-bien M. Championnière (3), la convention n'est pas un échange ; car il ne faut pas la considérer par rapport aux associés, mais bien par rapport à l'être collectif auquel le contrat a donné naissance. « Lorsque l'un met un objet certain, et l'autre une somme (je continue à citer le même jurisconsulte), il n'y a pas vente ; lorsque le premier n'apporte que son industrie ou la jouissance d'un bien, il n'y a pas louage d'ouvrage ou d'une chose. Les associés ne s'engagent pas immédiatement l'un envers l'autre. Une tierce personne vient se placer entre eux. C'est la société qui reçoit leurs promesses et acquiert ce dont ils se dépouillent. C'est donc entre les associés et la société que la convention doit être considérée (4). »

67. Du reste la jurisprudence s'est définitivement placée à ce point de vue. Un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, en date du 8 novembre 1836, au rapport de mon honorable collègue M. Mesnardier, porte que : « La société civile est, comme la société de commerce, un être moral, dont les intérêts

(1) V. *infra*, n° 820.

(2) M. Proudhon, n° 2064, 2065, *suprà*, n° 24.

(3) N° 2743.

(4) V. *infra*, nos 650, 820, 950.

» sont distincts de ceux de chacun des membres (1). »

68. M. Toullier a cependant avancé que la prétention de faire de la société (même de la société de commerce) une tierce personne placée au dessus des associés, et ayant des droits distincts, *confond toutes les idées* (2).

Mais lorsque M. Toullier écrivait ces lignes, sa brillante époque avait fait place au triste déclin d'une carrière qui finit. Dans la maturité de son beau talent, il n'aurait pas osé s'attaquer à l'un des principes les plus notoires du droit commercial, à l'une de ces vérités qui, entre toutes les propositions reçues, est empreinte au plus haut degré du cachet de l'évidence. Aussi loin que l'on remonte dans les annales du commerce moderne, on trouve la société commerciale agissant comme un être moral, et signalée par les jurisconsultes comme un corps investi d'attributs particuliers. Salicet, Straccha, que j'ai déjà cités; Scaccia, qui disait : *Aliud est corpus unius societatis, et aliud est quilibet socius ipsius societatis* (3); Émerigon, qui ajoutait : « La société est une personne civile qui a ses droits et ses attributs particuliers (4); » tant d'au-

(1) D. 36, 1, 412.

S. 36, 1, 811.

Cassation, 24 juin 1829 (D. 29, 1, 280, 281).

Junge Paris, 9 août 1831.

S. 31, 2, 259.

D. 31, 2, 208.

Autre, 10 décembre 1814.

Dal., *Société*, p. 96, n° 10, note 2.

Grenoble, 1 juin 1831.

S. 32, 2, 591.

D. 32, 2, 40.

(2) T. 12, n° 82.

(3) § 1. Quæst. 1, n° 450.

(4) Des assurances, t. 1, 0, 324, 325, et des Contrats à la grosse, t. 2, p. 582.

tres auteurs que je pourrais citer (1), judicieux et savans échos de la coutume commerciale et des statuts les plus renommés (2), sont-ils donc coupables d'avoir porté la confusion dans le droit (3)? ou plutôt la confusion ne vient-elle pas d'une controverse irréfléchie sur une question à jamais résolue?

69. Et quant aux sociétés civiles, vainement dirait-on qu'il n'appartient pas à des particuliers de former un corps moral, de leur propre autorité; qu'il n'est pas donné à quelques individus, en se rapprochant pour leur plus grand intérêt, de s'ériger en une personne civile et de dépouiller leur individualité. Je réponds que le concours de l'autorité n'est nécessaire que pour la création des êtres moraux publics, tels que collèges, corporations, académies, communes, sociétés anonymes, etc.; mais qu'il ne l'est pas à l'égard des personnes morales privées, telles que les sociétés civiles (4). Ces dernières doivent leur existence à une opération de l'entendement, à une abstraction à laquelle l'esprit ne saurait échapper, et dont il tire les conséquences pratiques lorsqu'il s'en est bien rendu compte. Il n'a pas fallu de loi, par exemple, pour faire un corps, des têtes de bétail comprises dans un troupeau (5); la logique a tout fait à elle seule; puis sont venus les jurisconsultes qui ont traité cette abstraction comme une réalité juridique donnant lieu à des droits spéciaux. Lorsque le droit commun de notre ancienne France décidait que

(1) *Infrà*, no 860; le card. Tuschus, etc.

(2) V., par exemple, Statuts de Gènes, lib. 4, c. 12; Scaccia, § 6, gloss. 1, n° 96; *infrà*, n° 78.

(3) Junge M. Pardessus, t. 4, n° 975; M. Persil fils, n° 14; MM. Malpeyre et Jourdain, nos 23, 29.

(4) Puffendorff, liv. 4, c. 12 et 13, fait la distinction.

(5) Grégis *unum corpus ex distantibus capitibus* (Instit. de legat., § 1); mon com. *du louage*, n° 1054.

les rentes constituées à prix d'argent étaient un être moral et intellectuel, distingué par l'entendement des arrérages, et semblable aux biens immeubles (1) ; il n'avait pas besoin de la permission de la police centrale du royaume ; il faisait une abstraction logique, et tout le monde avait compris. D'ailleurs le code, qui est la loi des lois, reconnaît l'existence du corps moral de la société, par le seul fait du rapprochement des parties. Que veut-on de plus concluant ? Et si, pour les sociétés de commerce, le législateur a pensé que certaines mesures de publicité doivent servir d'auxiliaire à la volonté des contractants, c'est une précaution spéciale, dont on ne saurait argumenter pour effacer un des effets les plus authentiques des sociétés civiles.

70. Au surplus, nous ferons observer que l'existence de cette personne métaphysique est ce qu'on nomme, en jurisprudence, une fiction (2). L'être social considéré en dehors des associés est une abstraction, ingénieusement personnifiée et matérialisée par les jurisconsultes, pour faire mieux discerner les droits de chacun quand ils sont opposés, et pour les préciser dans une représentation en quelque sorte vivante, qui pré-

(1) Pothier, Orléans, *Introd. gén.*, n° 54 ; mon com. des hypot., t. 2, n° 408.

(2) *Suprà*, n° 61, le passage de Favre ; M. E. Persil, *Sociétés cont.*, n° 14 ; M. Championnière, t. 3, n° 2743 ; MM. Delamarre et Lepoitevin, *Traité du contrat de commission*, t. 1, n° 185. Ces auteurs disent à cette occasion d'excellentes choses sur les fictions juridiques, trop légèrement condamnées en général par M. Toullier, t. 11, n° 15. Ceux qui voudront s'instruire sur la nature et l'utilité des fictions liront avec fruit l'ouvrage de M. Duval, *Le droit dans ses maximes*, ch. 11, p. 79 ; M. Duval réfute avec force M. Toullier, et démontre que les fictions sont des nécessités intellectuelles, des nécessités de langage, de législation, de doctrine.

viennent la confusion et les conflits. Cependant cette fiction doit être restreinte dans de justes bornes, et la dialectique qui la pousserait dans ses dernières conséquences, serait mauvaise. Ainsi, bien que, eu égard à certaines relations, il soit juridique de dire que la société est propriétaire des mises, toutefois il n'en est pas moins vrai que, sous d'autres rapports, on ne peut détacher l'actif social de l'idée d'une copropriété commune reposant sur la tête de tous les associés. La fiction du corps moral a beau se recommander par la raison et la force des choses ; elle ne peut faire que, sous certains rapports, les associés ne se regardent pas comme étant en réalité propriétaires indivis des apports mis en commun (argument de l'art. 1832). *Quum etiam id quod commune est, nostrum esse dici queat*, disait Casaregis, dans des matières favorables, où il pensait qu'il ne fallait pas se tenir rigoureusement à la fiction commerciale (1). Je le répète, l'abdication de l'individualité des associés n'est pas absolue ; elle n'est que relative ; elle est limitée à certains effets ; elle cesse avec les causes qui l'ont rendue nécessaire. On en verra un exemple au n° 139. C'est pourquoi, examinant, dans mon commentaire de la *Prescription* (2), les conséquences du partage par rapport aux associés, et voulant fixer le caractère de la possession pendant la société, j'ai considéré les associés comme propriétaires, comme possédant *animo domini*. La possession est chose de fait ; la fiction y doit céder la place à la vérité.

71. C'est par la même raison qu'il me semble qu'on

(1) *Junge* Valin, art. 3 de l'Ord. de la marine, p. 34, et les auteurs qu'il cite. Straccha dit aussi, en rendant compte de la décision 14 de la rote de Gènes : *Juxta regulam, quod commune est meum est* : n° 69 ; v. mon comm. de l'art. 1860.

(2) T. 2, n° 886.

doit se tenir en garde contre une opinion d'Émerigon un peu trop empreinte d'un esprit superstitieux pour la séparation de la société et des associés considérés *ut singuli*.

Je m'explique : suivant Émerigon, l'assurance pour le compte de la société est étrangère aux marchandises de l'un des associés ; réciproquement, l'assurance pour compte de Pierre ne s'étend pas aux marchandises de la société dont Pierre fait partie (1). Mais cette opinion est-elle bien exacte ? N'y a-t-il pas de fortes raisons de droit et d'équité qui doivent la tempérer dans la pratique ? Valin rapporte une sentence de l'amirauté de Marseille, du 9 août 1754, qui déclara bonne et valable pour *Roland seul* une assurance de telles marchandises, chargées à bord de tel navire, prises pour *Roland et compagnie*. Cet individu s'étant trouvé seul intéressé aux marchandises chargées, on pensa, non sans une grande équité, qu'il n'y avait pas lieu de tenir l'assurance pour non avenue (2). Émerigon n'approuve pas ce jugement ; il se renferme avec inflexibilité dans la règle qui fait de la société une personne distincte de l'associé ; et, au moyen de cette fiction, il soutient qu'il n'y avait pas dans l'espèce de relation entre la police et le connaissement. Pour moi, j'incline plutôt vers l'opinion de Valin, et j'aurais probablement jugé comme l'amirauté marseillaise. Émerigon pousse à l'excès la logique de la distinction entre la société et les associés. Pourquoi ne dépouillerait-on pas ici une fiction qui n'est pas absolue (3) ? Pourquoi ne préférerait-on pas le retour à la réalité conseillée par Casaregis dans ces sages paroles

(1) *Assurances*, t. 1, p. 323, 324. M. Pardessus suit cette opinion sans citer Émerigon ; t. 4, n° 975.

(2) T. 2, p. 34.

(3) *Infra*, n° 139.

que j'ai déjà citées : « *Quum etiam id quod commune est, nostrum esse dici queat* » ? Le cas est favorable, la bonne foi y est évidente ; de quoi d'ailleurs peuvent se plaindre les assureurs ? N'ont-ils pas su que Roland avait un intérêt dans le chargement ? Et qu'importe, après tout, que cet intérêt, qu'on avait cru d'abord commun à d'autres, soit, par le fait, seul et exclusif, et s'étende à toute la marchandise ? Faudra-t-il spéculer sur une erreur excusable, pour annuler une assurance qui réunit, du reste, tous les élémens de vitalité ? Les fictions sont bonnes, sans doute, pour éclairer une matière, pour classer et grouper les droits, pour les valider et les soutenir ; elles ont à mes yeux moins de vertu pour les réduire au néant.

72. Mais après ces restrictions, nécessaires pour montrer les limites de la règle, hâtons-nous de rentrer dans son domaine et d'en signaler les principaux effets. — Il y en a de considérables ; il faut les examiner : dans les événemens intérieurs et extérieurs qui affectent la société : dans les luttes des associés contre la société : dans les conflits des tiers avec les associés ou la société.

73. Sous le premier point de vue, nous avons dit au n° 62 qu'un associé n'est pas en droit de compenser avec la société dont il est débiteur ce qu'il doit à un co-associé. — Inutile de revenir sur ce point incontestable (1).

74. Une société tombe en faillite : cette crise ne constitue pas de plein droit en état de faillite les associés considérés *ut singuli* (2).

C'est ce qui se voit tous les jours dans les sociétés en commandite. On le sait : le but de cette société est de faire un appel aux capitaux civils pour les besoins du

(1) *Infra*, n° 526 ; Straccha, decis. 26 *rotæ Genuæ*, nos 28, 29.

(2) M. Pardessus, t. 4, n° 976 ; MM. Malpeyre et Jourdain, n° 29.