LES

PERSONNES JURIDIQUES

DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

FACULTÉ DE DROIT
DE
PARIS
BIBLIOTHÈQUE

12.17

LES

PERSONNES JURIDIQUES

DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

PAR

R. SALEILLES
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris

PAS R

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

46.084

PARIS
LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
A. CHEVALIER-MARESCQ & Cie, ÉDITEURS
20, RUE SOUFFLOT
—
1902

α

LES

PERSONNES JURIDIQUES

DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND (1)

La réglementation législative de toute la matière des personnes morales par le Code civil allemand constitue presque, si l'on peut ainsi dire, un événement juridique d'une importance capitale. Il y a donc grand intérêt, au point de vue français, à ce que cette partie du Code civil allemand soit présentée et expliquée aux lecteurs français, sous forme de traduction,

(1) Voici la liste des principales abréviations :

P[1] désigne le premier projet, celui rédigé par la première commission.

P[2] désigne le second projet, celui de la seconde commission, sous sa première forme.

P[3] désigne le second projet, sous sa forme revisée, tel qu'il fut soumis au *Bundesrath*.

P[4] désigne le projet définitif, tel qu'il fut accepté par le *Bundesrath* et soumis au Reichstag.

L. INT.[1] désigne la loi d'introduction dans le premier projet

L. INT.[2] désigne la loi d'introduction dans le second projet.

L. INT. désigne la loi d'introduction dans son texte définitif.

C. PR. CIV. désigne le Code de procédure allemand dans son texte revisé.

C. C[ce] désigne le nouveau Code de commerce allemand dans son texte revisé.

A. C. C[ce] désigne l'ancien Code de commerce allemand.

KONK. ORDN. désigne la loi des faillites (ou *Konkursordnung*) dans son texte revisé.

M. désigne les Motifs officiels du premier projet de Code civil.

PR. désigne le *Protokole*, ou recueil des procès-verbaux de la seconde commission.

DENK. désigne le Mémoire présenté au Reichstag, et accompagnant le projet définitif (*Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*).

BER. désigne le rapport de la commission du *Reichstag* (*Bericht der Reichstags-Kommission*).

R. BERA. désigne le compte rendu des discussions du Reichstag, en seconde et troisième lecture (*Reichstags-Berathung*).

REATZ. désigne la publication synoptique, avec notes, du premier et du second projet, faite par REATZ, *Die zweite Lesung des Entwurfs*.

avec notes à l'appui. Comme, d'autre part, certains articles empruntés à la même matière ont déjà paru dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, les notes relatives aux mêmes dispositions pourront en être quelque peu allégées, sur certains points de détail, tout au moins, pour lesquels il suffira de se référer aux développements du *Bulletin*. Enfin, il y avait lieu de passer brièvement sur toutes les matières qui ne fussent que des dispositions de pure réglementation, afin d'insister surtout sur les théories générales et les questions de principes. C'est ainsi qu'il a paru important de développer plus particulièrement tout ce qui a trait à la dissolution des associations, au droit d'opposition de l'administration en matière d'immatriculation, et toute la partie relative aux fondations.

Pl. désigne l'important commentaire en cours de publication, sous la direction de Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. Ier.

Ende. désigne l'ouvrage d'Endemann, *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*.

Cos. désigne le manuel de Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*.

Eck. désigne les études de Eck, *Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs*.

Gierke, *D. P. R.* désigne l'ouvrage capital de Gierke, *Deutsches Privat Recht*.

Gierke, *Entw.* désigne la critique faite par Gierke du premier projet, *Der Entwurf eines B. G. B. und das deutsche Recht*.

Hold. désigne Hölder, *Kommentar zum Allgemeinen Theil des B. G. B.*

Leonh. désigne Leonhard, *Der Allgemeim Theil des B. G. B.*

Ennec. désigne Enneccerus, *Das Bürgerliche Recht (Erster Band)*.

Zit. désigne l'ouvrage de Zitelmann, *Das Recht des B. G. B. Allgemeiner Theil*.

Regels. désigne Regelsberger, *Pandekten*, t. Ier.

Sal. désigne l'ouvrage de Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*.

Bul. désigne le *Bulletin de la Société de législation comparée*.

Ann. désigne l'*Annuaire de la Société de législation comparée*.

TITRE DEUXIÈME

Des personnes juridiques.

1° DES ASSOCIATIONS

1° *Dispositions générales.*

ART. 21. — Une association qui n'a pas pour but une entreprise de caractère économique acquiert la capacité juridique par l'inscription au registre des associations du tribunal de bailliage compétent.

I. Le Code civil ne s'occupe que des personnes morales du droit privé ; toutes les personnes morales du droit public, qu'il s'agisse de collectivités, d'établissements proprement dits, ou de fondations, restent soumises aux lois de droit public, soit aux lois d'Empire, soit aux lois des Etats particuliers. Cette réserve, s'applique, bien entendu, aux questions relatives à la création et à l'organisation constitutionnelle de ces personnes morales du droit public, mais également à tout ce qui concerne l'attribution de la personnalité juridique. Et, parmi ces personnes morales du droit public, il faudra comprendre, non seulement les organismes administratifs qui participent de la fonction de l'Etat, tels que les communes, les cercles administratifs, les provinces, les universités et établissements scolaires, les chambres de commerce, et autres institutions analogues, mais les établissements d'intérêt général que l'Etat a organisés, lui-même, en vue d'une fonction d'utilité publique, comme par exemple les établissements d'assurances, en ce qui touche les diverses assurances établies par des lois d'Empire, contre les accidents, la maladie, la vieillesse (1). Et, de même, il faut faire rentrer parmi les personnes morales du droit public les organismes religieux, dépendant des différents cultes reconnus par l'Etat. Ce qui ne veut pas dire forcément qu'il faille comprendre dans cette catégorie toutes les associations religieuses, ni même toutes les congrégations religieuses.

(1) Cf. art. 65, 83, 113 L. INT.

Ce dernier point dépend de la question de savoir dans quelle mesure un ordre religieux, ou une congrégation religieuse, doit être considéré comme faisant partie de la hiérarchie officielle, ou de l'organisme, de l'Eglise catholique, en tant que celle-ci constitue un culte reconnu par l'Etat, et appartenant comme tel au domaine du droit public. Certains passages du Protokole pourraient laisser croire que l'on eût admis, d'une façon générale, que toutes les congrégations religieuses rentraient de droit dans l'organisation, en quelque sorte officielle, de l'Eglise, et que, du moment que les corps ecclésiastiques faisaient partie de l'Eglise, il en était de même des congrégations et ordres religieux (1). Qu'il en soit ainsi des congrégations soumises à la juridiction épiscopale, et rentrant dans l'organisme officiel des paroisses ou du diocèse, cela peut se soutenir ; mais, quant à celles qui en seraient indépendantes, peut-être paraîtra-t-il assez difficile de croire que l'Etat, en admettant l'Eglise catholique à constituer, dans sa hiérarchie et dans les différents corps entre lesquels elle se fractionne, une personne morale du droit public, ait entendu reconnaître que cette qualité d'organismes publics s'étendrait à tous les groupements et collectivités indépendantes, qui se fussent librement constitués dans le sein de l'Eglise elle-même. Il y aurait tout autant de raison, s'il en était ainsi, de considérer une œuvre religieuse laïque, une congrégation pieuse, par exemple, dirigée par un prêtre, comme rentrant dans le cadre officiel de l'Eglise, et comme faisant partie du droit public de l'Etat, que l'on en aurait de le dire d'une congrégation d'hommes ou de femmes, fondée à titre d'organisme indépendant, et soustraite à la juridiction officielle de l'évêque. Au moins, peut-on croire que cette qualité de personnes morales du droit public n'appartienne qu'aux ordres et congrégations qui auraient été reconnus individuellement par l'Etat, comme établissements d'Etat.

C'est le point de vue qui est admis en Alsace-Lorraine, où se trouve maintenue, sur le terrain du droit public, l'ancienne législation française relative à la matière, et d'après laquelle les congrégations reconnues devenaient par le fait

(1) Cf. Pr. I, p. 564.

même établissements d'utilité publique. La nécessité de cette reconnaissance administrative subsiste ; et l'on admet encore que c'est cette reconnaissance administrative qui fait entrer les congrégations religieuses, non pas dans les cadres hiérarchiques du culte reconnu par l'Etat, mais dans le domaine du droit public de l'Etat (1). Mais on pourrait très bien concevoir, au contraire, dans une législation s'inspirant de conceptions différentes de celles du droit français, que le seul fait d'une autorisation administrative, accordée à une association, n'ait pas pour effet de transformer l'association ainsi reconnue en un établissement public, mais que ce fût pour elle une simple permission de vivre, et d'exister avec son caractère initial, et par suite à titre d'organisme privé, si ce fût une association de caractère privé. Donc, il pourra très bien arriver, dans tels ou tels Etats, où les congrégations ne seraient pas considérées comme rentrant dans la hiérarchie officielle du culte, qu'elles fussent traitées comme de simples associations religieuses, laissées en dehors des organismes de droit public. En tous cas, ce qui n'a été dit nulle part, c'est que le fait de reconnaître officiellement l'Eglise catholique, comme culte d'Etat, impliquât par avance que l'on eût admis, comme existant légalement et officiellement, tous les organismes canoniquement établis au sein de l'Eglise, et que, par suite, toutes les congrégations reconnues par l'Eglise fussent ainsi *a priori* reconnues par l'Etat. Il n'en serait ainsi que dans un système analogue à celui qui existait en France sous l'Ancien régime, système dans lequel le gouvernement avait la tutelle, non seulement de l'Eglise, dans son ensemble, mais de toutes les collectivités qui se formaient au sein de l'Eglise elle-même, en vue de concourir à une œuvre de caractère religieux. Mais le point de vue n'est plus le même en droit moderne. L'Etat, en admettant l'Eglise à figurer parmi les corps publics, s'est réservé le droit de reconnaître, individuellement, les différents organismes ecclésiastiques qui prendraient place dans la hiérarchie de l'Eglise ; c'est à lui de décider s'il entend par là les ériger en personnes morales du droit public. Toute la question est de savoir si, en ce qui touche les congrégations religieuses en parti-

(1) Cf. Molitor, *Das Gesetz betreffend die Ausführung des B. G. B. in Elsass-Lothringen*, p. 14 et suiv.

culier, on doit présumer que l'Etat ait entendu les considérer comme des associations formant des personnes morales du droit public, ou comme associations de droit commun, constituant des associations religieuses au sens privé du mot. Et l'on vient de voir qu'il ne serait pas impossible que ce caractère leur fût reconnu dans certains Etats.

Il ne faudrait pas se hâter d'en conclure que ces congrégations, s'agissant d'associations religieuses, et encore qu'on les assimilât aux associations de droit privé, seraient absolument libres, et soumises à toutes les règles du droit commun. Tout d'abord, à supposer qu'il s'agisse d'associations religieuses, ou même de congrégations religieuses, que l'on serait autorisé à comprendre parmi les associations de droit privé, il faut compter, en cette matière, avec un second principe de droit public, que l'on pourrait formuler de la façon suivante : non seulement échappent à la réglementation du Code civil toutes les personnes morales de droit public, sauf une réserve admise dans l'art. 89 ; mais, en ce qui concerne même celles qui rentrent dans le domaine du droit privé, c'est au droit public, et en général au droit public des Etats particuliers, qu'il appartient d'indiquer à quelles conditions ces associations, ou établissements, seraient licites et auraient le droit d'exister, à quelles conditions également ces associations pourraient être dissoutes. Il y aurait lieu de réserver, par conséquent, toutes les lois d'Etats qui exigent, en matière d'associations religieuses, la reconnaissance administrative ou légale (1).

Il faut donc supposer déjà qu'une association ait le droit d'exister, en vertu du droit public de l'Etat, pour qu'elle puisse acquérir la personnalité, conformément aux dispositions des art. 21 et suiv. Et encore, même s'agissant d'une association religieuse qui serait licite d'après le droit public d'un Etat, son droit à la capacité juridique, d'après le nouveau Code civil, — et il en sera ainsi, par conséquent, par voie de réglementation unitaire pour tout l'Empire, — n'est plus aussi complet qu'il le serait, de droit commun, pour les autres associations, puisque, d'après l'art. 61, l'administration a le droit de faire opposition à l'inscription au registre des asso-

(1) Pr. VI, 381-382.

ciations, et par suite à l'acquisition de la personnalité, par cela seul qu'il s'agit d'association religieuse. Il est vrai que, si l'association est licite d'après le droit de l'Etat, elle continuera à exister, en tant qu'association dénuée de capacité ; et ces dernières associations, d'après l'art. 54, ont une sorte de capacité *minima* qui suffit pour subvenir aux besoins les plus essentiels de la vie juridique.

Il faut noter, enfin, que si, dans un Etat particulier, une loi était nécessaire, d'après la législation existante, non seulement pour déclarer licite une association religieuse, mais pour lui donner la capacité juridique —, et c'était le cas en Prusse — (1), l'art. 84 L. INTR., réserve le maintien de ce droit particulariste ; et de plus une association de ce genre, restant soumise au système de la concession administrative, devrait également, en ce qui touche sa constitution et ses statuts, subir l'application des lois d'Etats, régissant cette matière (2) Et alors, faute de reconnaissance légale, une association religieuse qui existerait, d'une façon licite, dans un Etat de ce genre ne pourrait pas acquérir la personnalité aux conditions de l'art. 21, même sous réserve du droit d'opposition de l'administration (art. 61) : elle serait assimilée aux associations auxquelles s'applique l'art. 54. Si, d'ailleurs, tout ce côté du droit d'association, relatif au droit public, est resté soumis aux législations d'Etats, et au droit particulariste, non seulement en ce qui touche les associations religieuses, mais en ce qui concerne les conditions de légalité d'une association quelconque, il faut noter cependant une loi d'Empire, du mois de décembre 1899, qui, sur un point particulier, a imposé l'unité (3), en attendant la loi unitaire sur le droit d'association, toujours promise et toujours différée (4).

Il faut indiquer, aussi, que se trouvent réservées, en tant que faisant partie du droit public des Etats, non seulement les lois relatives au droit d'association, mais également celles concernant ce que nous appelons en France la tutelle administrative. Il ne faut pas croire, en effet, que le Code

(1) Cf. SCHEPP, *Das œffentliche Recht im B. G. B.*, p. 9-10.
(2) Art. 82, L. INTR.
(3) Cf. R. BERA, 299-300.
(4) Cf. sur tous ces points, HÖLD, 128-130 et ENNEC, § 30.

civil, ayant fait de la personnalité une matière de droit privé, constituant en quelque sorte le côté de droit privé du droit d'association, ait entendu exclure toute ingérence administrative, relativement à la gestion du patrimoine de ces associations érigées en personnes juridiques. Tout d'abord, il est bien certain qu'il ne pouvait avoir la prétention de le faire par rapport aux associations, qui, tout en ayant la personnalité juridique, seraient personnes morales du droit public. Toutes les questions relatives, soit à la gestion de leur patrimoine, soit à la surveillance administrative qui s'y réfère, restent du domaine du droit public : tous ces points ont été officiellement reconnus à propos de l'art. 89. Et l'on voit, par là, l'un des intérêts qu'il y ait à se demander, comme on l'a vu plus haut, si une congrégation religieuse, même autorisée, devient une personne morale du droit public, ou reste une association de droit commun. Mais, enfin, même pour ces dernières, et malgré leur caractère privé, le Code civil n'a pas entendu soustraire entièrement les questions relatives à leurs droits patrimoniaux à l'ingérence administrative. Tout d'abord, on a entendu réserver les lois particulières des Etats, qui seraient relatives à la tutelle administrative, en tant que cette tutelle se référerait aux patrimoines des personnes juridiques, fussent-elles de droit privé. La loi d'introduction, telle qu'elle fut présentée au Reichstag (1), le disait même expressément. La commission du Reichstag a supprimé cet art. 80, comme allant de soi puisqu'il s'agissait de matières touchant au droit administratif des Etats, lequel n'était pas atteint ni modifié par les dispositions du Code civil, sauf pour ce qui est de l'art. 89 (2). Mais, en outre, la loi d'introduction a accepté certaines dispositions importantes, destinées à empêcher l'accumulation des biens de mainmorte, et restreignant par suite le droit d'acquérir des personnes juridiques en général (3) ; de même que l'art. 87, L. Intr., restreint le droit d'acquisition des religieux pris individuellement (4).

(1) Art. 80, L. Intr².
(2) Cf. Ber. 19-20 et Niedner, *Das Einführungs Gesetz*, sur art. 82, p. 152.
(3) Art. 86, L. Intr.
(4) Cf. Bul. 1889, p. 275-277.

On voit donc qu'il peut être très intéressant de constater que la distinction, pour une association, entre le droit à l'existence et le droit à la personnalité, distinction assez peu rationnelle en soi, se trouve encore subsister. Il est possible qu'une association, à supposer qu'elle existe légalement, préfère ne pas acquérir la pleine capacité, et rester dans la situation faite par l'art. 54 à toutes les associations dénuées de capacité, plutôt que de se soumettre au contrôle administratif, maintenu pour toutes les personnes juridiques en général. Or, il faut bien établir, en principe, à ce point de vue, que le Code civil, en admettant, comme on va le voir, le système de l'immatriculation, ne s'occupe que de l'acquisition de la personnalité, et non du droit à l'existence, en ce qui touche la légalité de l'association. Ce dernier point reste soumis au droit particulariste des Etats. Il est vrai que, dans les Etats, dans lesquels la législation est le plus libérale à ce point de vue, comme la Saxe et la Bavière par exemple, on peut se demander si le droit à l'existence n'est pas subordonné lui-même à l'enregistrement au registre des associations, de telle sorte qu'en prenant droit à l'existence une association acquerrait en même temps la pleine capacité. Toutefois, la question reste douteuse, même pour ces Etats ; et on peut très bien concevoir que tel ou tel Etat ait admis la liberté, à peu près absolue, en ce qui touche le droit à l'existence, sauf la faculté laissée à l'administration de dissoudre une association qui fût considérée comme dangereuse ou contraire à l'ordre public. Quoi qu'il en soit, une association peut très bien exister comme simple association de fait, tolérée par l'Etat, ou comme association régulièrement existante, là où règnerait la pleine et absolue liberté en matière de droit d'association, sans qu'elle fût enregistrée ; et l'enregistrement n'est exigé que pour la capacité juridique, et non pour donner droit à l'existence. Et de même, à l'inverse, dans les Etats où le droit à existence serait soumis à des conditions plus rigoureuses que l'enregistrement, au système, par exemple, de l'autorisation légale, non seulement l'immatriculation serait insuffisante à équivaloir à une reconnaissance légale de l'association, mais elle serait elle-même prohibée, puisque l'immatriculation n'est permise que pour les associations dont l'existence est licite, au point de vue du droit public.

II. La part ainsi faite au domaine d'application du Code civil, il a été parfaitement entendu que celui-ci n'avait pas à prendre parti sur aucune des constructions dogmatiques, admises dans la doctrine, comme explication de la capacité juridique et patrimoniale des associations et établissements. Tout le monde a été d'accord, à ce point de vue pour considérer que l'emploi, dans l'art. **31**, du mot « Représentant », auquel dans certaines théories, on voulait substituer l'expression technique d' « Organe de l'association », ne devait faire préjuger, à l'avenir, de la part des auteurs du code civil, l'adoption d'aucun système doctrinal, par exclusion des autres. Ce sont là des points qui devaient être laissés à la doctrine, et même, comme il ne faut pas craindre de le dire, à l'évolution de la doctrine ; étant parfaitement entendu que celle-ci a le droit de changer de conception, au fur et à mesure des idées scientifiques qui auront cours. Il suffit donc de rappeler, pour mémoire, les trois théories principales, admises en Allemagne, la théorie classique de la personne fictive, celle de la personne réelle, principalement défendue par Gierke, et celle du patrimoine d'affectation, au sens indiqué par Brinz. Ces systèmes divers ont pu avoir leur influence, en ce qui concerne les propositions et projets, qui furent présentés relativement au mode d'acquisition de la personnalité. Mais, quel que soit le mode qui ait prévalu, et alors même qu'il concorderait plus ou moins étroitement avec telle ou telle des théories doctrinales sur la conception de la personnalité, il n'en faudrait pas conclure que ce fût cette théorie qui dût s'imposer désormais. Aussi, Leonhard a-t-il parfaitement raison de restreindre la conception du Code civil, en cette matière, au caractère purement patrimonial de la personnalité. Il s'agit d'un organisme patrimonial, dit-il, en vue d'une administration unifiée, et soumise, non pas à la libre volonté d'un individu auquel le patrimoine appartienne, mais à une direction imposée par le but auquel il doive servir (p. **103**). Hölder, de son côté, veut voir dans toute personne juridique, même si c'était une association, un établissement ou une fondation patrimoniale (p. **124-125**) ; et Enneccerus (p. **83**) parle d'organismes patrimoniaux, qui sont reconnus comme sujets de droit et comme capables de volonté. Quant

à la classification des différentes catégories de personnes morales, le Code civil, en dépit de la division tripartite, en associations, établissements et fondations, très généralement adoptée jusqu'alors, n'admet que deux groupes principaux, les associations, lesquelles correspondent aux *Universitates personarum*, dont parlait la doctrine, et les fondations, qui, en comprenant sous ce terme les instituts, les établissements et les simples patrimoines de fondation au sens étroit du mot, correspondent à ce que l'on appelait les *Universitates rerum*, ou *Universitates bonorum*.

III. Ces questions de principe et de doctrine laissées de côté, on considéra que le Code civil n'avait à s'occuper, s'agissant d'une question de pur droit privé, que des conditions auxquelles seraient subordonnée l'acquisition de la capacité civile, c'est-à-dire de ce que l'on est convenu d'appeler la personnalité juridique. Il n'y a pas lieu de rappeler ici les différentes phases de la discussion, dans les deux commissions préparatoires, ni les changements de front si curieux, auxquels nous font assister les projets et avant-projets ; cette histoire a été présentée avec une certaine ampleur dans le *Bulletin de la Société de Législation Comparée* (1899, p. 265 suiv.). Il suffira d'indiquer, au moins pour mémoire, les trois systèmes principaux, entre lesquels il y avait lieu de choisir. Et, laissant de côté toutes les variations que nous présentent les travaux préparatoires, il n'y aura plus qu'à décrire l'état de choses définitivement adopté par l'art. 21.

IV. Le système, sinon universellement adopté en Allemagne, mais tout au moins le plus généralement suivi, était celui de la reconnaissance légale, ou de l'autorisation administrative, plus connu encore sous le nom de système de la concession : il y avait, en quelque sorte, comme un octroi de capacité, une concession, faite par l'Etat, de la personnalité. Ce système pouvait se comprendre de deux façons. On pourrait admettre, et ce serait la seule conception logique, lorsque le droit public de l'Etat exige une loi ou une autorisation par décret pour l'existence de l'association, que cette reconnaissance d'existence entraînât acquisition de la personnalité. Mais, on incli-

nait volontiers à faire prévaloir une distinction, tout à fait irrationnelle, entre le droit à l'existence et le droit à la capacité. Autant cette séparation se trouve justifiée sous un régime de liberté, lorsque les associations peuvent se former librement, puisque l'autorité administrative n'ayant pas présidé à la reconnaissance de l'association, en tant qu'association, il est assez naturel qu'elle intervienne pour lui conférer le droit de posséder; autant cette double intervention paraîtra singulière là où l'administration a déjà été appelée à autoriser l'existence de l'association et à s'assurer par là-même qu'elle ne présentait rien de dangereux. Pourquoi donc, si on lui reconnaît l'existence, lui refuser les moyens de vivre, au sens juridique et patrimonial du mot ? Ce système de l'autorisation préalable était surtout défendu par les Représentants des Etats et Gouvernements.

Mais déjà, depuis longtemps, s'était introduit dans quelques Etats, en Saxe et en Bavière notamment, et en tous cas dans la pratique du droit commercial, pour les sociétés de commerce, un système bien autrement libéral, connu sous le nom de libre immatriculation, ou encore sous le nom de système de réglementation légale. Dans ce système, l'acquisition de la capacité, indépendamment de toute question relative au droit à l'existence sur le terrain du droit public, devait résulter de l'enregistrement en un registre spécial, le registre des associations, enregistrement fait conformément aux conditions générales admises par la loi ; de telle sorte que les conditions exigées par la loi, et qui dussent se trouver remplies pour que l'enregistrement fût permis, seraient alors des conditions générales établies, par avance, pour toutes les associations, et constituant le droit commun de l'acquisition de la capacité. On écarte ainsi l'arbitraire d'une appréciation spéciale et discrétionnaire, pour chaque association en particulier, ou encore le régime de conditions purement administratives, posées pour une association spéciale. De là, ce nom de système de réglementation légale, que les Allemands préfèrent à l'expression, plus caractéristique cependant, de système de l'immatriculation. Cette dernière, en effet, pourrait laisser croire que l'enregistrement dût suffire, sans autre condition, pour conférer la personnalité ; et telle n'est pas la conception ini-

tiale des auteurs du système. On a considéré l'enregistrement comme une simple mesure de publicité, destinée à révéler la capacité et à lui donner son efficacité ; mais cette capacité doit résulter d'un ensemble de conditions légales, posées une fois pour toutes, et constituant le droit commun des associations, en ce qui touche l'acquisition de la personnalité. Ces conditions générales pourront être, d'ailleurs, aussi restreintes que possible ; mais, alors même que l'on dût n'en imposer aucune, il y en aurait une au moins que, sur le terrain du droit privé, on n'eût pas le droit de supprimer : c'est la nécessité, pour l'association, d'avoir une existence licite par rapport aux conditions admises par le droit public. Une association que le droit public considèrerait comme illicite, soit à raison de son but, soit à raison de son existence irrégulière, par exemple pour défaut d'autorisation dans un Etat dont le droit public exigerait encore la reconnaissance légale, au moins pour l'existence de telles ou telles associations déterminées, ne pourrait être régulièrement inscrite comme assocation douée de capacité juridique.

Enfin, ce système de réglementation légale ou d'immatriculation était, lui-même, vivement attaqué par les partisans de la conception de la personnalité réelle. Si l'association constitue un phénomène juridique naturel, donnant lieu à la constatation psychologique et juridique, d'une volonté distincte, susceptible d'être le sujet et le titulaire de droits distincts et de patrimoine distincts,la loi ne peut que reconnaître l'existence de cette volonté corporative, sans avoir le droit de poser aucune condition artificielle à son fonctionnement juridique. Il peut bien y avoir des conditions intrinsèques à la formation de ce nouveau sujet de droit, et ces conditions résultent des éléments constitutifs de l'association elle-même ; mais c'est à la doctrine qu'il appartient d'étudier ces éléments de fond nécessaires à la personnification de l'association, comme c'est à la jurisprudence d'en rechercher l'existence. La loi ne peut que s'incliner devant un phénomène naturel, ou plutôt devant un phénomène social qui s'impose, sans avoir la prétention de le réglementer. Bien entendu, les partisans de ce système ne pouvaient pas aller jusqu'à supprimer les conditions relatives au caractère licite ou illicite de l'association ; c'eut été empiéter

sur le terrain du droit public. Mais ils demandaient, lorsqu'une association eût été licite, selon le droit public de l'Etat, que, sur le terrain du droit privé, elle eût de plein droit la capacité ; car cette capacité lui appartient déjà comme un phénomène naturel, qui ne peut dépendre ni d'une reconnaissance spéciale, donnée pour chaque association sur sa demande, ni d'une reconnaissance générale, donnée par avance à toutes les associations qui rempliraient les conditions fixées par la loi. Et, en effet, disait-on, le système de réglementation légale, n'est encore, et au fond, qu'une application de la théorie de la concession légale ; au lieu d'une concession spéciale pour chaque association, et d'un octroi de personnalité accordé après examen spécial, c'est une concession générale subordonnée à l'accomplissement par les associations de certaines conditions et formalités imposées par la loi.

V. Le premier projet s'était tiré de toutes ces difficultés en laissant au domaine du droit particulariste, non seulement les questions de réglementation touchant au droit public, mais la question même de capacité juridique, et celle par conséquent des conditions d'acquisition de la personnalité. Après bien des hésitations et des difficultés, on finit par accepter, dans la seconde commission, une réglementation unitaire sur ce point, et par conséquent une séparation nettement tranchée entre le domaine du droit privé et celui du droit public. En tous cas, il était manifeste, que, si on se décidait pour cette réglementation unitaire, il faudrait se résoudre à accepter le système de l'immatriculation ; car les Représentants des Gouvernements n'avaient voulu souscrire à l'abandon du système particulariste du premier projet qu'à la condition d'être fixés par avance sur le système que l'on introduirait dans le Code civil, et que l'on imposerait ainsi à tous les Etats. Aussi, avait-on discuté tout d'abord le système éventuel auquel se rallierait la majorité, avant de voter sur la question primordiale, et qui, semble-t-il, aurait dû constituer la question préalable elle-même, de savoir si le Code civil admettrait un système unique en cette matière. Or, tous les différents projets et avant-projets éventuels de la Commission se ramenaient tous au système de la réglementation légale, ou de l'immatriculation. Seulement, ce système lui-même

pouvait comporter bien des nuances et bien des sous-distinctions. C'est sur ces nuances et ces distinctions que les opinions se séparèrent.

Puisqu'il s'agissait d'un système de conditions générales fixées d'avance par la loi, on pouvait varier, en effet, sur l'acceptation de ces conditions. Et, tout d'abord, on proposait de laisser en dehors du système les sociétés à caractère, ou plutôt à but économique, lesquelles devraient rester soumises, même pour l'obtention de la capacité, à la reconnaissance administrative et au système de la concession. Puis, pour les autres, on se demandait si, tout en admettant toutes les associations à se faire inscrire librement, on ne devrait pas, pour quelques-unes tout au moins, donner un droit d'opposition à l'administration ; et, si on l'admettait, pour quelles associations le lui reconnaîtrait-on ? Pour les associations politiques et les associations religieuses, cela paraissait aller de soi. Mais ne ferait-on pas une catégorie spéciale pour les associations s'occupant de politique sociale ? Puis, ce droit d'opposition serait-il laissé à l'arbitraire de l'administration, avec faculté absolue d'appréciation, ou serait-il lui-même subordonné à certaines conditions, à la preuve par exemple d'un danger public? D'autre part, dans les cas où il y aurait quelques questions contentieuses engagées, soit en ce qui concerne le caractère illicite de l'association, soit pour ce qui est de la réalisation des conditions mises à l'immatriculation, ou de celles enfin auxquelles pourrait être subordonné ce droit d'opposition de l'administration, à qui devrait-on attribuer compétence? Serait-ce aux tribunaux de droit commun; ou, tout au moins, confierait-on la tenue des registres d'associations à un magistrat chargé de trancher les questions contentieuses relatives à l'enregistrement ; y aurait-il, au contraire, renvoi de toutes les questions de ce genre devant la juridiction administrative ? Tels furent les problèmes qui furent agités, et successivement résolus de façons diverses, dans les différents projets, et discutés soit au Bundesrath, soit devant le Reichstag. Il suffira d'indiquer que, le projet définitivement admis ayant paru devoir présenter des garanties suffisantes, les Gouvernements ne firent plus d'opposition à son introduction dans le Code civil, comme droit unitaire

de l'Empire. C'est ce projet devenu le système des art. 21 et s. qu'il reste à décrire (1).

VI. Le système admis, comme système de droit commun, est donc celui de l'immatriculation ; et, sous ce rapport, en tant que principe général, il ne rencontra aucune opposition sérieuse. Les difficultés s'élevèrent, surtout, en ce qui touche le droit d'opposition de l'administration, et il en sera traité à propos de l'art. 61. Mais, même en ce qui concerne l'application du système de l'immatriculation, deux exceptions importantes ont été admises par tous les projets et elles se retrouvent dans l'art. 21 : l'une relative aux associations ayant leur siège à l'étranger (art. 24) ; et l'autre visant les associations, non pas à caractère, mais à but, économique (art. 22). On voulait ne réserver le procédé de libre immatriculation que pour les sociétés et associations à but idéal, poursuivant un but scientifique, artistique, intellectuel, philantropique, ou religieux ; et non pour celles qui ne visaient que le profit économique de leurs membres. C'est que, pour ces dernières, les plus importantes se trouvaient déjà réglées par des lois d'Empire. C'était le cas pour les sociétés commerciales, en particulier les sociétés par actions, les sociétés à responsabilité limitée, les associations corporatives des différents corps de métier, les caisses de secours, les caisses d'assurances et de retraites, et autres sociétés ou établissements de caractère économique. Il faut ajouter, enfin, qu'il existait un très grand nombre de sociétés auxquelles dût s'appliquer la même qualification, et qui rentraient dans des cadres soustraits à la sphère d'application du Code civil ; ce sont toutes celles se rapportant aux différents domaines prévus par les art. 65 à 75 de la Loi d'introduction, et pour lesquelles les législations des Etats particuliers se trouvent réservées. On ne voit donc pas bien quelles associations à but économique pourraient encore se fonder, qui fussent vraiment utiles, et qui ne rentreraient pas au nombre de celles déjà réglementées par une de ces lois spéciales, lois d'Empire ou lois d'Etats. Aussi, a-t-on craint, surtout, que les associations, destinées uniquement à

(1) Pour les références, sur tous ces points, voir Bul., 1899, p. 262-281.

procurer à leurs membres des profits économiques, voulussent éviter les conditions légales, imposées pour la constitution des sociétés par actions, et qu'elles prissent alors la forme d'une association de droit commun, soumise uniquement à la formalité de l'enregistrement, et régie par les dispositions du Code civil et non par celles du Code de commerce. Pour éviter des fraudes de ce genre, on maintient le système de la concession pour toutes les associations à but économique. Elles ne pourront acquérir la capacité juridique que par voie de concession, c'est-à-dire par une autorisation donnée dans chaque Etat, conformément aux lois de l'Etat.

Seulement, s'il en est ainsi, il devient extrêmement important de définir ce qu'il y aura lieu d'entendre par association à but économique. Les premiers commentateurs du Code civil, Planck entre autres, Eck également, s'attachaient au caractère des opérations réalisées. Si ces dernières avaient pour objet la production de certaines valeurs ou l'échange et la vente de ces valeurs, à plus forte raison si elles avaient pour objet des opérations de crédit, l'association eut été une association économique, indépendamment du but poursuivi ; et alors même que ces opérations n'eussent pas profité aux membres de l'association, et que les bénéfices qui en fussent résultés eussent été employés à un but scientifique ou philanthropique. Le caractère de l'opération eut suffi à caractériser l'association, indépendamment de son but. Ainsi Planck allait jusqu'à admettre qu'une association, créée en vue de la fondation d'un hospice, si les malades n'eussent été admis que moyennant certaine rétribution destinée à la caisse de l'hospice, eut été une association fondée en vue de réaliser des bénéfices (1). Et un autre auteur, Rehbein (2), posant la question au sujet des sociétés bibliques, distinguait suivant qu'une société de ce genre aurait eu une imprimerie chez elle, pour faire imprimer ses brochures et les répandre, opération de caractère économique, ou suivant, au contraire, qu'elle les eut achetées avec les cotisations de ses membres, en vue de les faire distribuer. On comprend, en présence d'un critérium de cette nature, que déjà, dans les discussions, lors des travaux pré-

(1) Pl. p. 80, cf. Eck. § 14.
(2) *Das B. G. B. mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis*, I, p. 42.

paratoires, on se fût préoccupé du vague et de l'arbitraire possible de cette distinction ; par exemple en ce qui touche les associations fondées en vue d'élever et de louer des habitations à bon marché : ne serait-ce pas là une opération de caractère économique ? Et, alors, est-ce que toute association, quelle qu'elle soit, ne se livre pas forcément à des opérations de caractère économique ? Une association fondée pour le prêt des livres achètera des livres, une association de tempérence fournira des boissons non alcooliques. Sans doute, Planck distinguait bien entre les opérations principales et accessoires ; pour que la société fut de nature économique, il fallait que ses opérations principales, celles qui constituaient son but, fussent de caractère économique, en elles-mêmes (1).

Mais, depuis, ce critérium a été fortement critiqué et vivement combattu (2). On a fait remarquer que, l'association devant se caractériser par son but, c'est en effet à son but qu'il fallait s'attacher. Or le but d'une association est, ou non, de nature économique, lorsqu'il a, ou non, pour objet de procurer des avantages de caractère économique et pécuniaire à ses membres ; ce qui est le cas des caisses de secours, d'assurances et autres de ce genre. Mais lorsque ces avantages, même de caractère économique, devaient être procurés à d'autres qu'aux membres de l'association, comme dans le cas de l'hospice dont parle Planck, on ne peut plus dire que le but de l'association soit de réaliser des profits économiques ; il est purement philanthropique. A plus forte raison en est-il ainsi lorsqu'il ne doit procurer d'avantages pécuniaires pour personne, comme dans l'exemple des sociétés bibliques cité par Rehbein. Il n'y a donc pas à s'occuper du caractère des opérations auxquelles elles se livrent pour atteindre leur but. Du moment que ce but, en lui-même, n'est pas de caractère économique, les opérations auxquelles il peut donner lieu ne pourraient en changer la nature. Telles sont les deux opinions en présence : et cette dernière semble devoir l'emporter actuellement.

(1) Et c'est cette opinion qui se trouve exposée au *Bulletin de la société de législation comparée, loc. cit.*, p. 277-278.

(2) Standinger, *Das Vereinsrecht nach dem B. G. B.*, dans *Blätter fur Rechtsanwendung*, t. 62, p. 305 suiv. ; cf. Höld. 134 ; Leonh. 113, note 1 ; Ennec. (2e édit. 88-89.

En tous cas, il semblerait, lorsqu'il y a doute sur le caractère de l'association, et que l'on en refuse l'enregistrement, sous prétexte qu'elle a un but économique, que l'on devrait pouvoir s'adresser à l'administration, pour obtenir l'autorisation. Mais il semble bien résulter des travaux préparatoires que l'autorité administrative ne doit autoriser que les associations soumises à autorisation, celles de l'art. 22 ou de l'art. 23; et qu'elle doit refuser d'intervenir relativement à celles qui soient dans les conditions exigées par la loi pour l'immatriculation. Si donc, pour une de ces dernières, il y a doute, et qu'on en refuse l'enregistrement, sous prétexte qu'elle aurait un but économique, et que l'administration, de son côté, refuse d'intervenir, sous prétexte que son but n'a pas le caractère économique, comment résoudre le conflit? (1) Resterait à savoir si cette interprétation des derniers commentateurs de l'art. 21 sera ratifiée par la pratique. Il est permis d'en douter.

Art. 22. — Une association qui a pour but une entreprise de caractère économique ne peut obtenir la capacité juridique, à défaut de dispositions spéciales des lois d'Empire, que par une concession émanant d'un Etat. Le droit d'accorder la concession appartient à l'Etat sur le territoire duquel se trouve fixé le siège de l'association.

Les associations à caractère économique, seront soumises, on l'a vu sur l'art. 21, au système traditionnel de la concession administrative; et il en sera ainsi désormais, même pour les Etats dans lesquels ce système eut été aboli (2). Quant aux autorités, chargées d'accorder la concession, cette question est réservée aux législations d'Etats; et il faut remarquer, en outre, que, par le fait seul qu'une association reste soumise au système de la concession, elle est assimilée à celles qui, par leur caractère, rentrent dans le droit public de l'Etat. Par suite, la loi d'introduction (art. 82), réserve les dispositions des lois d'Etats relatives à la constitution des associations : la constitution des associations ainsi soumises à la concession de l'Etat sera réglée, non plus par les dispositions du Code civil, mais par les lois de l'Etat qui s'y référeraient; ou plutôt, au cas de conflit avec les

(1) Cf. Bul., p. 278.
(2) Pr., 500.

dispositions du Code civil, c'est la législation d'Etat qui l'emporterait.

Art. 23. — Si l'association n'a son siège dans aucun des Etats de l'Empire, c'est au Bundesrath qu'il appartient, à défaut de dispositions spéciales des lois d'Empire, de conférer la capacité juridique.

L'art. 23 vise toutes les sociétés, tant à but idéal, qu'à but économique, situées à l'étranger (1), à l'exception des deux réserves de la loi d'introduction (2). Il y a donc là une seconde exception à la règle de l'art. 21, d'après laquelle les associations acquièrent la capacité par l'enregistrement ; c'est une nouvelle application du système de la concession.

Art. 24. — On doit considérer comme siège d'une association, à moins qu'il n'en ait été décidé autrement, le lieu où elle est administrée.

La détermination du siège de l'association dépend, avant tout, des dispositions statutaires. La loi présume que le lieu où elle a son administration correspond à celui où se trouve le centre permanent de son activité ; de là, la disposition de l'art. 24. Si cette présomption se trouvait contraire à la réalité, ce serait aux statuts à remettre les choses au point, en fixant le siège de l'association (art. 57) ; et d'ailleurs, même si cette détermination statutaire se trouvait en en contradiction avec les faits, c'est elle qui devrait néanmoins prévaloir (3).

Art. 25. — L'organisation constitutionnelle d'une association douée de capacité juridique est établie par les statuts, en tant qu'elle ne dépend pas des dispositions qui vont suivre.

Ce principe de liberté statutaire n'est restreint que par l'ensemble des dispositions impératives qui auront été établies par le Code civil ; lesquelles peuvent viser également les conditions de l'enregistrement pour les associations qui s'y trouvent soumises. Sur ce dernier point, on avait proposé, conformément à l'art. 43 P[1], de réserver les dispositions impératives des lois d'Etats ; la proposition fut rejetée, sauf la réserve de l'art. 82. L. intr. pour les associations soumises à la con-

(1) Cf. Bul. 1899, p. 279.
(2) Art. 10 et art. 56, cf. Bul. 1899, p. 279-280.
(3) Cf. Bul., 1899, p. 281.

cession administrative (1). Quant à la forme du pacte statutaire, elle reste libre. La discussion, devant la seconde commission, ne porta que sur la désignation légale qui serait adoptée. Le mot « statut » n'ayant été écarté qu'en vue de le remplacer par un terme qui ne fut pas d'origine étrangère (*Vereinssatzung*), il n'y avait pas de raison pour ne pas le conserver dans la traduction. Il n'est d'ailleurs pas indispensable, au point de vue légal, que le pacte statutaire soit dressé par écrit, si ce n'est pour les associations destinées à l'enregistrement (art. 59). Les amendements qui avaient été proposés à cet égard ont été rejetés (2).

Art. 26. — L'association doit posséder une Direction. La Direction peut se composer de plusieurs personnes.

La Direction est investie de la représentation judiciaire et extra-judiciaire de l'association ; elle a la situation d'un représentant légal. L'étendue de ses pouvoirs peut avoir été restreinte par les statuts, et ces restrictions auront effet à l'égard des tiers.

La nécessité pour l'association d'avoir une Direction est une disposition impérative ; on a voulu que l'association eût un organe permanent pour la représenter (M. I., 94-95). Cette Direction peut d'ailleurs se composer d'une seule personne, de même qu'à l'inverse tous les membres de l'association pourraient faire partie du Conseil de direction (3). On a toutefois évité de prendre parti sur le caractère théorique que l'on dût attribuer à la Direction. Le Code civil s'est abstenu de la qualifier expressément, soit d'organe de l'association, soit de représentant. Il se contente de dire qu'elle a la situation d'un représentant légal ; et cette assimilation a en vue uniquement l'étendue illimitée des pouvoirs qui, de droit commun et sauf restriction dans les statuts, lui sont accordés (4). La Direction d'ailleurs ne devra pas être confondue avec le Conseil de surveillance, souvent désigné par les statuts sous le nom de Conseil de direction, lequel n'a qu'un rôle de contrôle par rapport à la Direction proprement dite (cf. *Pl.* § 26-4).

(1) Cf. *suprà*, art. 22, Pl. § 25 et Pr. I. 505.
(2) Pr. p. 506, Ende. I, § 45.
(3) Pr. 508-509.
(4) Cf. Gierke, *Entw.*, p. 148 et *Personengemeinschaften*, p. 22 ; Pr. 509.

Art. 27. — La nomination de la Direction appartient à l'Assemblée générale 1.

Cette nomination est toujours révocable, sans préjudice du droit à l'indemnité qui aurait pu être stipulée. Le droit de révocation peut être restreint par les statuts au cas où existerait un motif important de révocation ; ce serait le cas, en particulier, s'il y avait violation grave des devoirs incombant à la Direction, ou incapacité d'administrer régulièrement les affaires de l'association 2.

Il y aura lieu de faire application appropriée, en ce qui touche la gestion confiée à la Direction, des dispositions des art. 664 à 670 relatives au mandat 3.

[1] La nomination par l'Assemblée générale est conforme au principe de l'art. 32 ; mais cette disposition n'a qu'un caractère supplétif. Il pourrait se faire que les statuts eussent prévu tout autre procédé, tel que l'élection par le Conseil de surveillance, au lieu de l'Assemblée générale.

[2] La révocation *ad nutum* est conforme à l'art. 168 ; et le droit de l'exercer appartient à l'organe investi du droit de nomination. Mais elle pourrait être restreinte ou même supprimée par les statuts. Toutefois, ceux-ci ne pourraient pas écarter valablement le droit de révocation pour le cas de négligence grave ou d'incapacité absolue : cette dernière partie de l'alinéa a un caractère impératif (art. 40).

[3] Bien que le caractère des relations juridiques existant entre la Direction et le corps auquel elle sert d'organe, ou qu'elle représente, suivant les théories, ne soit pas encore scientifiquement précisé (*suprà*, art. 26), en fait, et au point de vue des solutions positives, c'est par les règles du mandat, que doivent, en principe, et sauf dispositions contraires dans les statuts (art. 40), se résoudre les questions qui s'y réfèrent (1).

Art. 28. — Lorsque la Direction se compose de plusieurs personnes, les décisions se forment conformément aux dispositions des art. 32 et 34, relatives aux décisions prises par l'Assemblée générale.

Si une déclaration de volonté doit être adressée à l'Association, il suffit qu'elle soit faite à l'un des membres de la Direction.

I. Le premier projet (art. 44, § 5 P[1]), pour le cas où la Direction se composât de plusieurs membres, consacrait le principe de la décision collective, comme en matière de sociétés (art. 709, 710 et C. c^ce^ art. 232), conformément à cette idée

(1) Pl. p. 84-85, cf. Gierke, *Entw.*, p. 148-149.

que, là où l'action appartient à plusieurs, tous doivent agir collectivement. La seconde commission, se plaçant au point de vue pratique, s'est laissé toucher par les difficultés d'application qui se produiraient lorsque le Conseil de direction serait nombreux ; aussi a-t-elle admis le principe majoritaire, comme pour les décisions de l'Assemblée (art. 32). L'analogie avec les sociétés par actions lui a semblé inexacte, vu le caractère presque exclusivement pécuniaire des décisions que la Direction aurait à prendre dans ces dernières, alors qu'il en sera tout autrement, du moins en général, pour les associations à but idéal (*Pr.* 513-514).

II. Cette extension de l'art. 32 ne doit s'entendre, toutefois, que des décisions proprement dites, et non de l'exécution. Quant à la conclusion des actes juridiques, en tant qu'elle aurait lieu conformément à une décision du Conseil de direction, ce n'est plus qu'une question de procuration, et celle-ci pourrait être confiée même à un tiers. Pour le cas, enfin, où l'affaire aurait été conclue sans qu'il y eût une décision conforme du Conseil de direction, il y aurait lieu d'appliquer les art. 177 à 180 (*Pl.* § 18, p. 86). Mais, d'autre part, il fallait prévoir le cas où un tiers aurait eu une déclaration de volonté à faire à l'association, sommation par exemple, ou offre de contrat ; devait-on l'obliger à faire cette déclaration à tous les membres de la Direction, ou à celui seulement qui serait chargé de la gestion ; ou même suffirait-il qu'elle fût adressée à un membre quelconque de la Direction ? C'est cette dernière solution qu'accepte l'art. 28 § 2, pour la plus grande sécurité des tiers. L'art. 44 § 6 P[1] n'avait admis cette règle que pour les déclarations impliquant acceptation forcée, telles que sommations et commandements, par exemple ; restriction faite, également, dans les art. 75 et 76 P[1], laquelle a disparu de l'art 132, qui leur correspond dans le Code civil (1). Aussi, l'a-t-on rejetée également pour le cas de l'art. 28. On a admis le principe de la représentation légale par un membre quelconque de la Direction, à l'effet de recevoir valablement toutes déclarations quelconques de la part des tiers, même s'il s'agissait d'offre de contrat (*Pr.* 515). L'offre produirait, dans

(1) Sur ce texte, voir SALEILLES, *De la déclaration de volonté* (Paris, Pichon, 1901), p. 191.

ce cas, les effets des art. 145 et suiv. ; et de même s'il s'agissait d'acceptation, il y aurait lieu à l'application des art. 147 et suiv. Mais on a songé, surtout, aux citations et sommations, en vue de la mise en demeure de l'association. Au surplus, cette disposition du § 2 ne pourrait être modifiée par les statuts (art. 40 ; cf. C. c^ce art. 232 § 1 *in fine*, rapproché de l'art. 235 A. C. c^ce).

Art. 29. — Lorsque le nombre des membres de la Direction qui se trouve être nécessaire dans un cas donné fait défaut, le tribunal de bailliage dans le ressort duquel l'association a son siège doit, s'il y a urgence, et sur la requête d'un intéressé, compléter le nombre requis ; et cette nomination ne vaudra que pour le temps à courir en attendant qu'il soit procédé régulièrement à l'égard de la vacance qui s'est produite.

Le premier projet (art. 44 § 6 P¹) ne prévoyait l'insuffisance de la Direction que pour les déclarations à lui adresser, et encore, uniquement, suivant le système de l'art. 44 P¹, pour celles dont l'acceptation fût forcée (cf. *suprà*, art. 28) ; or, comme elles pouvaient être adressées à un membre quelconque de la Direction, pour qu'il y eût impossibilité de les lui faire parvenir, il fallait donc supposer que la Direction se composât d'un seul membre, lequel vînt à faire défaut. Il pouvait y avoir là un sérieux inconvénient pour les tiers, qui ne trouvaient plus personne à qui adresser leurs notifications ; de là des risques assez graves à leur encontre, au point de vue, par exemple, de la mise en demeure. Aussi, leur permettait-on de requérir le remplacement du membre qui faisait défaut et sa nomination par le tribunal. La seconde commission a considérablement étendu le principe. Il lui a semblé que ce qui était admis, dans l'intérêt des tiers, pour une seule catégorie de notifications, devait l'être, s'il y avait urgence, pour toute proposition à faire à l'association ; et de plus que le même principe devait être accepté tout aussi bien dans l'intérêt de la Direction elle même : par exemple, s'il s'agissait de poursuivre l'annulation d'une décision contraire aux statuts et qu'il y eut urgence, alors que le Conseil ne serait plus en nombre (*Pr.*, p. 516-517). Seulement, étant donnée l'admission du principe majoritaire (art. 28), ce sera aux statuts à fixer le nombre minimum, qui serait requis pour qu'une délibération et une décision fussent régulières.

Art. 30. — Il peut être déclaré dans les statuts qu'il serait établi, à côté de la Direction, et pour certaines affaires particulières, des représentants spéciaux. Au cas de doute, les pouvoirs d'un représentant de ce genre doivent être considérés comme devant s'étendre à tous les actes juridiques que comporte normalement le cercle d'affaires qui lui est assigné.

Addition de la seconde commission (art. 29, P²), par analogie de l'art. 235 A C. c^ce, révisé par la loi du 18 juillet 1884 sur les sociétés par actions (*An.* 1885, p. 98 suiv.). Il ne s'agit pas ici de représentants spéciaux qui pourraient être nommés par la Direction pour certaines affaires particulières ; une décision de ce genre rentrerait dans les pouvoirs de la Direction, sans qu'il fût besoin pour cela d'une disposition spéciale des statuts. Il s'agit de la possibilité de créer, à côté de la Direction, un nouvel organe, ou de nouveaux organes analogues, destinés à représenter l'association pour une certaine catégorie d'affaires ; que celles-ci soient désignées par leur nature propre, comme celles qui rentreraient dans les fonctions ordinaires du trésorier, par exemple, ou qu'elles le soient par voie de compétence territoriale, comme s'il s'agissait d'un délégué local pour un ressort qui lui serait assigné, peu importe. Il pourrait se faire, aussi, que ce rôle fut confié à l'un des membres du Conseil de direction, lequel serait ainsi chargé de toute une catégorie d'affaires spéciales à l'exclusion des autres. Dans tous ces cas, le mode de nomination d'un organe de ce genre doit avoir été prévu par les statuts ; sinon, ce représentant spécial serait désigné par le même procédé que la Direction elle-même, donc en principe par l'Assemblée générale. Mais encore faut-il, pour qu'une décision de ce genre soit valablement prise par l'Assemblée, que les statuts aient prévu l'existence de ces représentants spéciaux, et limité par là même, dans cette mesure, les pouvoirs de la Direction. Il s'agit là d'un organe ayant les mêmes caractères que la Direction elle-même, et qui par suite engagerait la responsabilité de l'association, conformément aux principes et sous les conditions de l'art. 31 ; et c'est un nouvel intérêt qu'il y ait à distinguer cette nouvelle catégorie de représentants légaux de l'association des mandataires qui pourraient être désignés par

l'association elle-même, pour l'exécution de certaines affaires particulières (1).

Art. 31. — L'association est responsable du dommage que la Direction, un membre de la Direction, ou toute autre personne chargée de représenter l'association en vertu d'une disposition statutaire, aura pu causer à un tiers, par un acte accompli dans l'exécution même des fonctions qui lui sont imparties, et qui, par lui-même, soit de nature à entraîner obligation à réparation.

Il paraît bien acquis que le Code civil n'ait voulu trancher expressément aucune des théories, si vivement discutées, sur le fondement de la responsabilité délictuelle des personnes morales (2). Il se contente, sans prendre parti sur les doctrines, de fixer les conditions sous lesquelles cette responsabilité sera engagée. Et, tout d'abord, l'art. 31 ne vise certainement pas la responsabilité contractuelle, à laquelle s'appliquera l'art. 278. Mais, il ne faut pas dire qu'il ne s'applique qu'au cas de délit civil et quasi-délit ; car on a retranché avec intention l'expression « acte illicite », qui figurait dans l'art. 46 P' ; de sorte que l'on a voulu viser même les faits qui, sans être illicites, peuvent engager la responsabilité de leur auteur indépendamment de toute faute de sa part (cf. art. 231 et 904). Quant aux conditions d'admissibilité de la responsabilité, elles n'existent que par rapport à l'auteur du fait, et non du côté de l'association. Par rapport à l'auteur du fait, il faut supposer réunies toutes les conditions qui engageraient sa responsabilité personnelle, si lui seul était en cause, donc qu'il soit en faute s'il s'agit de délit (art. 823) ; et, à l'inverse, toute responsabilité se trouve supprimée, si lui-même était un irresponsable, pour cause de démence par exemple. Mais, au contraire, si l'on exige encore que les conditions subjectives de responsabilité, là où il en est d'admises par la loi, se réalisent en la personne de l'agent, on n'exige plus aucune faute de la part de l'association, ni faute dans le choix, ni faute dans la surveillance. C'est donc à cet égard une véritable responsabilité objective, par opposition à celle de l'art. 831. De là l'intérêt considérable qu'il y aura à distinguer ceux qui, en leur qua-

(1) Pr., p. 531 et Pl. sur § 30.
(2) Bul. 1900, p. 156.

lité d'organes ou de représentants légaux de l'association, engageront sa responsabilité sous les conditions de l'art. 31, de ceux, simples employés et autres agents, dont elle ne répondra que sous la réserve du droit d'établir qu'elle n'était pas en faute (art. 831). Quant au domaine d'application de l'art. 31, il suffira de renvoyer aux notes sur les art. 54 et 89 (1). Il va de soi que la disposition de l'art. 31 ne peut être modifiée par les statuts ; elle est impérative (art. 40).

Art. 32. — Les affaires de l'association, en tant qu'elles ne sont pas de la compétence de la Direction ou de tout autre organe de l'association, doivent être réglées par voie de décision prise par l'Assemblée générale des membres de l'association. Pour que la décision soit valable, il faut que l'objet auquel elle se réfère ait été indiqué dans les convocations. La décision est prise à la majorité des membres présents 1.

Une décision prise en dehors de l'assemblée générale sera également valable sous la condition que tous les membres adhérent par voie de déclaration écrite à la décision prise 2.

[1] Il résulte de l'art. 32 que l'Assemblée générale est l'organe de décision de droit commun, ayant compétence générale pour toute décision qui ne rentrerait plus dans les pouvoirs de la Direction ou des organes spéciaux fixés par les statuts ; et il n'y avait pas à ajouter, comme le faisait l'art. 48 P[1], pour toute décision concernant les affaires intérieures de l'association. Il pourrait se faire, en effet, que, même pour les actes à passer avec les tiers, les pouvoirs de la Direction eussent été restreints par les statuts (cf. art. 26) et que, par suite, le seul organe compétent restât encore, même à cet égard, l'Assemblée générale (cf. *Pr.* p. 526). Quant au mode de convocation et à la présidence de l'assemblée, toutes ces questions rentrent dans les prévisions statutaires. L'art. 32 se contente d'exiger que les convocations fassent connaître l'objet de la décision à prendre. Il est dit également que celle-ci doit être prise à la majorité, ce qui n'implique pas que chaque membre n'ait forcément qu'une voix. Il peut y avoir à cet égard des dispositions différentes admises par les statuts (*Pr.* 526-527).

[2] Il y avait un certain intérêt pratique à ce qu'une décision prise en dehors de l'assemblée pût être validée par voie d'ad-

(1) Cf. Bul. 1900, p. 156 et 150.

hésions ultérieures individuelles ; c'est ce qu'admettait l'art. 48 P[1], sous condition d'unanimité. Gierke avait considéré comme inconciliable avec sa conception d'un procédé organique, destiné à réaliser la volonté corporative, ce procédé d'adhésions individuelles à une décision qui n'aurait rien de collectif, et surtout qui ne résulteraient pas d'une délibération régulièrement organisée (*Personengem.* 29-40 et *Entw.* 151). Déjà, il avait critiqué les termes de l'art. 48 P[1], d'après lequel, au lieu de parler de la volonté de l'association, on parlait de la volonté des membres pris individuellement. Sur ce point particulier, la nouvelle rédaction de l'art. 32 lui donne satisfaction. Mais sur le fond, la seconde commission, pour des raisons pratiques qui primaient toute intransigeance de doctrine, a maintenu le principe de l'art. 48 P[1], sauf une légère modification : pour éviter toute difficulté de preuve, on exige une adhésion écrite. L'éventualité ainsi prévue se présentera d'ailleurs assez rarement, à cause de l'unanimité que l'on impose. Mais on a pensé que, pour de petites associations peu nombreuses, l'application de l'al. 2 de l'art. 32, ainsi facilitée, serait de nature à rendre de précieux services que l'on ne devait pas négliger (*Pr.* 527).

Art. 33. — Pour une décision qui renferme une modification des statuts, la majorité des trois quarts des membres présents est exigée. Pour modifier le but de l'association, il faut le consentement de tous les membres ; le consentement des membres non présents doit être donné par écrit 1.

Lorsque la capacité juridique de l'association lui a été acquise par voie de concession administrative, pour tout changement apporté aux statuts, il faut l'approbation de l'Etat qui a fait la concession ; s'il s'agit d'une concession émanée du *Bundesrath*, c'est ce dernier qui doit approuver la modification aux statuts 2.

[1] L'art. 48 P[1] exigeait l'unanimité pour toute modification aux statuts. On considérait que les membres associés n'étaient entrés dans l'association qu'en raison des dispositions statutuaires ; ce qui était excessif et vraiment bien peu pratique. Aussi le nouvel art. 33 a-t-il restreint cette exigence aux dispositions qui porteraient atteinte au but même de l'association ; car c'est là vraiment, et là seulement, le point capital que chaque membre a eu en vue en entrant dans l'association. D'autre part, s'il s'agit d'association inscrite, on appliquera, dans tous les cas, l'art. 71 (*Pr.* 528).

[2] On proposait également, pour les associations soumises au régime de la concession, de n'exiger l'approbation administrative que pour les modifications ayant pour objet de changer le but de l'association. Mais on fit observer que cette restriction serait inutile ; car l'Etat ne manquerait pas, par l'acte de concession, d'insérer une clause portant que, pour toute modification aux statuts, son approbation serait exigée : et c'est sous cette forme que l'amendement fut présenté et discuté devant la seconde Commission, qui l'adopta par dix voix contre dix, grâce à la voix prépondérante du président (*Pr.* 529).

Art. 34. — Un membre de l'association n'a pas le droit de prendre part au vote, lorsque la délibération porte sur la conclusion d'un acte juridique auquel il doive être partie, ou sur l'introduction ou l'abandon d'un procès entre lui et l'association.

Comme Planck le fait remarquer à juste titre, la disposition de l'art. 181 n'aurait pas été de plein droit applicable, étant donné qu'un membre de l'association ne peut être qualifié de représentant de cette dernière. De là, par identité de motifs, la nécessité d'introduire une disposition spéciale, analogue à celle de l'art. 181.

Art. 35. — Il ne peut être porté atteinte, par une décision de l'Assemblée générale, aux droits d'un membre de l'association qui lui appartiennent à titre de droits séparés, sans le consentement de celui-ci.

L'art. 35 apporte une exception importante au principe de l'art. 33, d'après lequel l'unanimité n'est requise que pour les modifications visant l'objet même et le but de l'association. D'après l'art. 35, il faudra de même le consentement personnel d'un membre pris individuellement, lorsqu'il s'agira de porter atteinte aux droits qui lui appartiennent à titre séparé; et par suite il faudrait l'adhésion de tous les membres, donc l'unanimité, s'il s'agissait de droits appartenant à tous les membres de l'association à titre de droits individuels. Dans l'art. 48 P[1], qui exigeait cette unanimité pour toute modification quelconque aux statuts, on n'avait pas prévu cette question des droits individuels, bien que ceux-ci puissent dériver de conventions spéciales, indépendantes des statuts (cf. *infrà*), et que par suite les changements qui y seraient apportés ne

fussent pas de nature à être considérés comme modifications aux statuts. Quoi qu'il en soit, cette disposition parut s'imposer, après que la seconde commission se fût contentée d'une majorité des trois quarts des membres présents pour les modifications statutaires, autres que celles relatives au but même de l'association. Mais quels seront donc ces droits individuels auxquels on ne pourra toucher que du consentement des intéressés? Il ne peut être question de droits qui appartiendraient à un membre de l'association, mais sans dériver de son titre d'associé, qu'il aurait par conséquent en tant que personne distincte de l'association, comme par exemple la créance dérivant d'un prêt fait par l'un des membres à l'association, et d'où résulterait pour lui un droit analogue à celui qui appartiendrait à un tiers étranger à l'association et qui eût prêté de l'argent à cette dernière. Ces droits individuels sont donc encore des droits qui se rattachent au titre d'associé, comme le laissait entendre une des formules proposées devant la seconde commission (amendement III, § 48, c. *Pr.* p. 525-526). Mais alors qu'est-ce donc que ces droits qui appartiennent à un associé à titre de droits séparés (*Sonderrecht*) et qui cependant se rattachent à son titre d'associé? Il a été répété, à plusieurs reprises (*Pr.* p. 540-541), que la conception devait en être laissée à la doctrine. Et cependant on ne peut s'empêcher de reconnaître dans cette disposition l'influence d'un chapitre célèbre de Gierke, dans sa *Genossenschaftstheorie* (p. 176 et suiv.), dans lequel il expose la combinaison complexe qui s'établit entre l'unité de personne corporative et la pluralité des individualités, ou personnes réelles, qui composent cette dernière. Il montre que les droits de chacun des associés ne sont pas complètement absorbés dans l'unité de la personne morale, sans cependant constituer des droits entièrement séparés et distincts, comme seraient ceux de tiers qui seraient en rapport de droits avec l'association ; et son exposé est particulièrement saisissant en ce qui concerne les droits d'usage qui peuvent appartenir aux membres d'une commune sur les terrains communaux (p. 198 suiv.). Il est inadmissible de les assimiler à des droits réels qui leur appartiendraient sur le patrimoine d'autrui ; de sorte que, bien qu'il ne s'agisse pas de copropriété au sens romain du mot, les droits individuels

des membres de la communauté sur les terres de la commune ne disparaissent pas cependant et ne s'absorbent pas entièrement dans l'unité du droit de la personne corporative elle-même. Il faut donc dire que leur titre d'associé leur confère certains droits particuliers, qu'ils ne peuvent avoir qu'en cette qualité, et qui ne peuvent leur être enlevés tant qu'ils font partie de la collectivité. Regelsberger (*Pand.* I, § 84, p. 341 suiv.) a tenté une classification des droits de ce genre ; et *Planck* s'en est très manifestement inspiré dans son commentaire de l'art. 35. Tout d'abord on peut supposer un droit réservé à un membre individuellement par une convention spéciale ; par exemple un membre qui aurait fait un apport gratuit à l'association aurait pu stipuler pour lui une double voix à l'assemblée générale. Ce serait un droit individuel, qui ne pourrait lui être enlevé que de son consentement (*Pl.* p. 91). Mais ce caractère peut tout aussi bien appartenir à des droits établis par les statuts au profit de tous les membres en général, ne serait-ce que le droit au titre d'associé, dans le cas où les statuts ne donneraient pas à l'Assemblée générale le droit d'expulsion, ou tout au moins ne le lui donneraient que sous certaines conditions ; de même le droit de participer à l'élection de la Direction, dans le cas où ce droit est réglé par le pacte statutaire ; le droit à un dividende, dans les sociétés de caractère économique ; ou même, pour quelques sociétés à but idéal, le droit à la jouissance de certaines choses communes mises à la disposition des associés. Il s'agit là de droits dérivant du titre d'associé et garantis aux associés individuellement : il n'y pourrait être touché que de leur consentement unanime (1). Ce sont, en effet, comme dit Hölder, dans une formule très heureuse (p. 152), les droits qui assurent à un membre individuellement une situation particulière au sein de l'association. Il y a donc une sorte d'engagement, pris à son égard ; il n'y peut être touché, même par voie de majorité, ou d'unanimité.

Art. 36. — L'Assemblée générale doit être convoquée dans les cas déterminés par les statuts, et de même toutes les fois que l'intérêt de l'association l'exige.

(1) Cf. pour les références, Eck. *loc cit.*, p. 62, note 2 et 3.

Innovation de la seconde Commission (*Pr.* 533), dans le but, au cas de négligence, de mieux affirmer la responsabilité de la Direction, en vue de l'application de l'art. 27, § 3.

Art. 37. — Il y a lieu de convoquer l'Assemblée générale, lorsque le nombre d'associés fixé par les statuts, ou, à défaut de fixation, le dixième des associés, demande par écrit cette convocation, en indiquant l'objet de la réunion et les motifs à l'appui de la demande.

S'il n'est pas fait droit à cette réclamation, le tribunal de bailliage dans le ressort duquel l'association a son siège peut autoriser les membres qui ont formé la demande à convoquer eux mêmes l'Assemblée et le tribunal pourra statuer sur la présidence de cette Assemblée. On devra dans les convocations viser cette autorisation.

Cette disposition, introduite par la seconde Commission (art. 35 P²), comme le complément de celle qui précède, est inspirée des usages admis en matière commerciale (C c^ce, art. 254 et *Pr.* 533). Lorsque toutes les conditions de l'art. 37 se trouvent réunies, la Direction doit procéder à la convocation, sans qu'elle ait à se faire juge des motifs de la demande. Ce qui veut dire que, même si la convocation se trouve n'être pas justifiée quant au fond, la responsabilité de la Direction est à couvert. Mais il ne semble pas que l'on doive aller jusqu'à dire que, si elle se fût opposée à la convocation et que celle-ci fût également refusée par l'autorité judiciaire, la responsabilité de la Direction soit encore en cause, et cela pour le seul fait de n'avoir pas obéi *ipso facto* à une requête régulière en la forme. Le tribunal, a, au contraire, pleine liberté d'appréciation, et il peut toujours refuser son autorisation ; s'il l'accorde, il doit être fait mention dans la convocation, sous peine d'irrégularité et de nullité, du fait que la convocation a lieu sur autorisation de justice (Pl. § 37).

Art. 38. — La qualité d'associé n'est ni cessible ni héréditaire. L'exercice des droits qui en dérivent ne peut être abandonné à un tiers.

Quelle que soit la conception que l'on se fasse du droit particulier de chaque associé, qu'il soit considéré comme un véritable droit subjectif, conformément à la théorie dominante (1), ou comme une simple situation juridique, il ne

(1) Pr. 534 ; cf. Regels. I, § 84, 331.

paraît pas qu'aucune de ces conceptions, fût-ce même la seconde, dût conduire logiquement à déclarer la qualité d'associé incessible et intransmissible aux héritiers (Pl. § 38). Néanmoins, il a paru plus conforme à la réalité et aux usages, s'agissant surtout d'associations à but idéal, de considérer, dans le doute, que cette qualité devait être strictement personnelle. Sans doute, il n'en est pas en cette matière comme dans les sociétés proprement dites, où l'individualité et la personnalité des membres sont prises en considération par tous les contractants ; mais encore est-ce une garantie pour chacun des adhérents, en matière même d'association, que les membres ne reçoivent cette qualité que conformément aux modes d'admission fixés par les statuts. Dans le même ordre d'idées, l'art. 48 va même jusqu'à présumer que l'exercice du droit, et par suite des prérogatives dérivant de la qualité d'associé, est lui-même strictement personnel et ne pourrait être objet de représentation, par exemple en ce qui concerne le droit de vote. Mais ce ne sont là que des présomptions conformes aux usages courants, il pourrait y être dérogé par une disposition spéciale des statuts (cf. art. 40).

Art. 39. — Les associés ont toujours la faculté de se retirer de l'association.

Toutefois, il peut être déclaré dans les statuts que les démissions ne seront admises qu'en fin d'exercice annuel, ou encore qu'elles ne pourront l'être qu'après un délai de dénonciation, lequel ne peut excéder deux ans.

Il résulte de cette disposition, combinée avec celle de l'art. 40 qui ne la vise pas, que les statuts ne peuvent apporter d'autres restrictions au droit de retrait de l'association que celles prévues par le § 2 du texte : il s'ensuit donc qu'il ne pourrait être stipulé aucune clause pénale à payer par les associés démissionnaires (Pl. § 39).

Art. 40. — Les prescriptions de l'art. 27, al. 1 et 3, de l'art. 28 al. 1 et des art. 32, 33 et 38 ne reçoivent application qu'autant qu'il n'en a pas été disposé autrement dans les statuts.

Art. 41. — L'association peut être dissoute par décision de l'assemblée générale. Pour la validité de cette décision, il faut une majorité des trois quarts des membres présents, à moins que les statuts n'en disposent autrement.

I. Le premier projet ne contenait aucune disposition sur les causes de dissolution, de perte ou de retrait de la capacité juridique. Ayant laissé dans le domaine des législations d'Etats toutes les questions relatives à l'acquisition de la personnalité, il devait en être de même de celles concernant la perte de cette dernière (art. 42 P[1]). Cette matière au contraire devait forcément être tranchée par la seconde commission, puisqu'elle avait décidé de faire rentrer la réglementation des questions de personnalité dans la législation d'Empire, donc dans le Code civil (art. 38 et suiv. P[2]). Le second projet avait ainsi admis diverses causes de dissolution, les unes volontaires, dépendant d'une décision de l'association elle-même, les autres forcées, comme celles dérivant de la faillite, d'autres administratives, et laissées par conséquent à l'appréciation plus ou moins large ou restreinte des pouvoirs publics; système suivi par les autres projets, et qui se retrouve encore, quant au fond, dans le Code civil. Mais, dans la forme, cette réglementation a été sensiblement modifiée par la commission du Reichstag, sur les art. 39 et suiv. P[4], pour cette raison que les questions de dissolution, celles tout au moins laissées à l'appréciation de l'administration, rentraient dans le domaine du droit public, et non dans celui du Code civil. Celui-ci n'avait à traiter que de la capacité juridique, donc de l'acquisition et de la perte de la personnalité, sans avoir à décider si ce retrait de capacité entraînait ou non dissolution de l'association ; d'autant qu'il était parfaitement admis qu'une association pût exister régulièrement et licitement, tout en étant dépourvue de personnalité (*Ber.*, p. 13). Et, cependant, bien que cette distinction paraisse évidente par elle-même, on va voir que rien n'est plus délicat que de préciser le sens exact que l'on doive ici lui attribuer. Quoi qu'il en soit, le Code civil ne parle plus de dissolution, au moins d'une façon expresse, que lorsqu'il s'agit de dissolution volontaire ; car celle-ci rentre, à n'en pas douter, dans l'ordre d'idées dont il ait à s'occuper. Pour toutes les autres hypothèses, pour lesquelles les projets antérieurs employaient la même expression, le Code parle de perte ou de retrait de capacité. Nous aurons à préciser la nuance. Mais notons, en dépit des apparences, que les causes de dissolution proprement dites ne se réduisent pas à celle

prévue et réglée par l'art. 41, et dérivant d'une résolution prise par l'Assemblée générale. L'art. 74 en prévoit deux autres, dont l'une rentre encore parmi les causes de dissolution conventionnelles, puisqu'il s'agit de dissolution prévue par les statuts, — et bien entendu celle à laquelle fait allusion l'art 74 n'est citée qu'à titre d'exemple ; — et dont l'autre est la consécration, déjà admise d'une façon générale, du maintien parallèle des législations de droit public en matière d'association. Si l'art. 74 n'en parle qu'à propos des associations inscrites, c'est afin d'exiger, en pareil cas, une mention spéciale sur le registre, mais sans laisser entendre, tout au contraire, que ces causes de dissolution ne puissent s'appliquer qu'à cette catégorie d'associations. Il s'agit de principes généraux, constituant le droit commun en cette matière, et s'appliquant à toutes les associations.

III. Les causes de dissolution peuvent donc se classer en trois catégories : celles résultant d'une décision de l'Assemblée générale, laquelle, par imitation des usages admis en matière commerciale (C. c^ce^, art. 292), doit être prise à une majorité des trois quarts — c'est l'objet même de l'art. 41 ; — celles résultant d'une condition prévue par les statuts, comme serait l'échéance du temps fixé pour la durée de l'association (art. 74, § 2, cf. C. C^ce^, art. 292), — mais ce pourrait être aussi toute autre cause admise par les statuts, comme par exemple la réduction du nombre des membres à un minimum déterminé (1), ce qui d'ailleurs, pour les associations inscrites, est une cause forcée de perte de capacité (art. 73) ; — enfin, en troisième lieu, les causes de dissolution prévues par le droit public en matière d'associations, dont le maintien, on le sait (note sur art. 21), se trouve absolument réservé ; soit qu'il s'agisse de législations d'Etats, ce qui reste le cas, soit qu'il puisse être question, comme on le demande, d'une législation d'Empire générale sur cette matière. De là des diversités considérables entre les Etats, relativement aux pouvoirs de l'administration à cet égard ; soit que, dans certains d'entre eux on ait prévu des causes spéciales de dissolution, soit que,

(1) Cf. Eck, *loc. cit.*, § 18, p. 64.

pour d'autres, ce point soit laissé à l'appréciation et à l'arbitraire de l'administration. Toutes ces diversités subsistent, en attendant mieux (art. 74, § 3, et cf. Eck, p. 66). Mais, en dehors de ces causes de dissolution proprement dites, pour toutes les autres hypothèses prévues par les articles qui vont suivre, il n'est plus question que de perte de la capacité ; de là le point, déjà réservé plus haut, de savoir en quoi va consister exactement la différence, toute question de terminologie à part.

III. La première pensée, que suggère cette modification, serait qu'au cas de retrait de personnalité, sans qu'il y eût dissolution proprement dite, l'association dût continuer à subsister, en tant qu'association dépourvue de capacité et rentrant désormais au nombre de celles visées par l'art. 54. Rien, de plus hasardeux, cependant, que de présumer, dans la loi elle-même, que les associés, qui ont voulu *ab initio* fonder une association douée de personnalité, eussent accepté par avance de continuer à former une association toute différente, au cas de retrait de capacité. Il faut reconnaître, en fait, et on l'a reconnu (1), que c'est la présomption contraire qui devrait plutôt prévaloir ; de sorte que le maintien de l'association ne devra être admis, en dehors d'une décision expresse de l'Assemblée, que s'il ressort des statuts que ce cas ait été prévu et accepté comme tel. Si donc ce maintien résulte d'une résolution expresse des associés, il n'est pas douteux qu'il y ait là, en pareil cas, fondation d'une association nouvelle, aux termes de l'art. 54, et que par suite la décision qui s'y réfère ait le caractère d'un contrat de société (Pl., *loc. cit.*). Dans le cas, au contraire, où le maintien de l'association résulte des statuts, il ne se forme pas de contrat nouveau : la société résulte d'un pacte antérieur qui subsiste. Mais il pourrait en être de même au cas de dissolution proprement dite. Les associés pourraient, à moins qu'il ne s'agisse de dissolution administrative, former une association nouvelle ; de même que cette dernière, ce qui, sans doute, serait assez peu pratique, pourrait résulter d'une disposition des statuts qui eût prévu et réglé le cas. Il semble donc bien qu'à s'en tenir à

(1) Pl. § 41, p. 93

cette première question du maintien de l'association, la différence pourra consister en ce que, au cas de simple retrait de personnalité, l'intention de laisser subsister l'association pourra plus facilement s'induire des dispositions statutaires, qui pourraient donner lieu à une interprétation conforme.

IV. Mais le point important est de savoir, dans les cas où l'association subsiste, si c'est l'ancienne qui se maintient sans personnalité, ou une association nouvelle qui commence. Cette dernière solution n'est pas douteuse pour le cas où le maintien de l'association résulte d'une décision expresse des associés. Il n'y a de question que pour l'hypothèse où ce maintien résulterait des statuts ; et cependant, même dans ce cas, puisque aucune exception ne s'y trouve faite, l'art. 45 admet, ou paraît bien admettre, que le patrimoine de l'association, déchue de la personnalité, doit lui être enlevé, pour être attribué conformément aux dispositions des art. 45 et suiv., comme lorsqu'il s'agit de dissolution. Il est vrai, que, sur ce point, il a pu se produire certaines méprises dans la discussion (1), et peut-être même dans la doctrine (2) ; mais l'application intégrale, dit-on, de l'art. 45, à tous les cas de retrait de capacité ou de dissolution, semble bien prévaloir : le texte est formel. Si donc il y a suppression et distribution du patrimoine subsistant, n'est-ce pas reconnaître que l'ancienne association a disparu, pour faire place à une nouvelle ? Tout au moins n'y a-t-il plus d'intérêt pratique à admettre le contraire. C'est ce que Planck semble reconnaître implicitement, et ce que Eck (p. 67-68) affirme plus ouvertement encore, en déclarant que le changement de termes, admis par la commission du Reichstag, n'implique aucune modification quant au fond. Peut-être cependant pourrait-on proposer, sur ce point et pour cette hypothèse, une interprétation plus extensive de l'art. 45, en ce qui touche la désignation des attributaires du patrimoine social. D'une part, il pourrait être admis, puisque la disposition qui les désigne n'a pas besoin d'être expresse, que les statuts ont pu s'en re-

(1) Cf. le discours de M. le député Gröber, *R. Ber.*, p. 24.
(2) Cf. Hachenburg, *Das B. G. B. für das Deutsche Reich*, p. 486.

mettre à l'Assemblée générale du soin de les désigner, là où c'est en effet l'Assemblée qui se décide pour le maintien de l'association, auquel cas ces attributaires seraient les nouveaux associés ; et, d'autre part, on pourrait soutenir, surtout si ce maintien résulte des statuts, et à supposer principalement que l'association n'existât pas dans l'intérêt exclusif de ses membres, que la disposition qui prévoit la survivance de l'association implique désignation des nouveaux associés comme attributaires du patrimoine social : or, cette interprétation paraîtrait bien autrement douteuse, il faut le reconnaître, au cas de dissolution proprement dite.

Hachenburg (*loc. cit.*, p. 485-486) paraît aller beaucoup plus loin encore. La prévision par l'art. 45 du cas où il y aurait retrait pur et simple de personnalité lui semble complètement inexplicable, si l'on veut entendre et interpréter cette disposition sous une forme absolue et tout à fait littérale. Cela ne peut se concevoir, dit-il, que lorsqu'il y a vacance du patrimoine, puisqu'alors il faut bien parler d'attribution. Mais, peut-on parler de vacance du patrimoine, lorsque l'association subsiste à l'état d'association dénuée de personnalité, puisqu'en pareil cas l'art. 54 permet encore, sinon à l'association personnifiée, mais à la collectivité anonyme des associés, ce qui, au fond, revient au même, d'avoir un patrimoine? Que l'on suppose, par exemple, une association fondée pour un but philanthropique, et qui vienne à s'occuper de politique ou de religion. D'après l'art. 43, la capacité peut lui être retirée. Cela ne veut pas dire forcément que l'administration en prononcera la dissolution. Si donc elle subsiste, à titre d'association nouvelle, maintenue sur le type de l'art. 54, il n'y a pas à parler de liquidation, conformément à l'art. 47, puisque les associés ne veulent pas liquider. En conclura-t-on que le patrimoine de l'association devrait échoir au fisc, faute de désignation des attributaires, conformément à l'art. 45 ? Ce serait la confiscation organisée. Il faut donc bien admettre que l'art. 45, en visant le retrait de capacité, n'a entendu prévoir que le cas où ce retrait de capacité laisserait le patrimoine vacant ; et il n'en est ainsi que lorsqu'il y a, de ce chef, dissolution de l'association. On jugera, sans doute, que cette solution aurait peut-être un peu le tort de

faire violence au texte de l'art. 45, dans des conditions qui ne seraient que difficilement admissibles, lorsqu'il s'agit d'un texte si récent. On ne saurait comprendre cette hardiesse d'interprétation que pour des lois quelque peu vieillies, qui aient évolué sous le contrôle d'une longue jurisprudence. Aussi, faut-il reconnaître, que l'art. 45, en faisant au retrait de capacité une allusion nettement distincte de celle faite au cas de dissolution, a entendu ne pas confondre les deux hypothèse ; et le moyen de ne pas les confondre, tout en rejetant les solutions brutales d'une interprétation rigoureuse, n'est-il pas d'expliquer l'art. 45 par l'art. 45 lui-même, en admettant que la désignation des attributaires du patrimoine social peut être considérée comme impliquée dans la décision même qui accepte le maintien et la survivance de l'association, ou dans la disposition des statuts qui vise cette éventualité ? Et, dans tous ces cas, cette désignation serait censée faite en faveur des associés, membres de l'association au moment du retrait de capacité. Mais ce n'est là qu'une présomption, qui serait toujours susceptible de preuve contraire ; et c'est par ce tempérament, surtout, que cette solution différerait de celle proposée par Hachenburg.

Art. 42. — L'association perd la capacité juridique par le fait de l'ouverture de la faillite.

Lorsque le passif dépasse l'actif, la Direction doit provoquer l'ouverture de la procédure de faillite. Si le dépôt de la demande en déclaration de faillite se trouve différé, les membres de la Direction à qui une faute est imputable de ce chef, sont responsables envers les créanciers du dommage qui en résulte pour eux ; ils sont tenus vis-à-vis d'eux comme débiteurs solidaires.

I. Bien que la faillite n'implique pas forcément, par elle-même, disparition de la personnalité, il est de droit commun et d'usage à peu près général, en législation, qu'elle entraîne dissolution de l'association (M. I, p. 93). Le premier projet n'avait pas eu à s'expliquer formellement sur ce point, puisqu'il avait exclu de ses dispositions tout ce qui concernait la perte de la personnalité. Mais l'avant-projet C (1), accepté par la seconde commission, avait admis cette cause spéciale de

(1) Cf. Bull. 1899, note sur art. 21.

dissolution pour les associations inscrites (art. 57 u ; *Pr.*, p. 487) ; et l'on fût d'accord pour placer cette disposition parmi les règles générales applicables à toutes les associations (*Pr.*, p. 539). Ce fut la commission du Reichstag, sur l'art. 39 P[4], qui, au lieu d'une cause de dissolution, en fit une cause de perte de la capacité civile (*Ber.*, p. 13) ; et l'on a déjà vu que la distinction est plus apparente que réelle (note sur art. 41). Aussi, faudrait-il reconnaître que si, en dépit de la faillite, les associés déclaraient vouloir maintenir l'association, ce ne serait pas l'ancienne qui subsisterait ; et il ne saurait y avoir échec à l'application de l'art. 45, même pas sous forme d'interprétation large, au sens indiqué à la note sous l'art. 41, puisqu'il ne s'agit plus d'une survivance susceptible d'avoir été prévue dans les statuts. Il y aurait fondation d'une association nouvelle avec but similaire, comme dit Planck (sur art. 42, p. 94); et, pour qu'elle pût acquérir à nouveau la personnalité, il faudrait faire application des art. 21 et 22.

II. Seulement, si le premier projet (art. 47 P[1]) ne parlait pas pour cette hypothèse de dissolution, il imposait pour le cas d'insolvabilité réelle de l'association, une obligation positive à la Direction, celle de déposer une demande en déclaration de faillite. Cette obligation, en tant qu'elle engage à elle seule la responsabilité de la Direction, n'existe qu'au cas d'insolvabilité, c'est-à-dire lorsque les dettes dépassent l'actif. Elle n'existe plus de plein droit lorsqu'il y a simple incapacité de paiement ; car il peut y avoir refus ou cessation de paiements, et impossibilité temporaire à cet égard, sans qu'il y ait insolvabilité. Dans ce cas, les membres de la Direction peuvent provoquer la faillite au gré de leur appréciation, sans qu'il y ait aucune obligation positive qui leur soit imposée à cet égard (1). Et, d'ailleurs, le même droit appartient aux créanciers en vertu des art. 207 et 208 de la loi organique sur les faillites, dont le premier projet avait admis l'application expresse en ce qui touche les associations (art. 57 P[1]), application définitivement consacrée sous forme d'une addition à la loi des faillites (2). Donc, au cas d'insolvabilité vérita-

(1) Konk-Ordn., art. 208.

(2) Konk-Ordn., art. 194 a, *Denks*, p. 365 ; nouveau texte de la loi des faillites, art. 213 et *Pr.*, p. 552.

ble, le seul fait d'avoir différé la demande en déclaration de faillite engage la responsabilité de la Direction. Et, comme, au cas de préjudice causé aux créanciers, c'est ce fait qui en est la source, ce retard est considéré, à l'égard de ces derniers, comme un délit civil qui leur donne action directe contre les membres de la Direction et entraîne, pour ce qui est de ceux-ci, la solidarité (M. I, p. 104). Seulement, par application des principes généraux, il faut qu'ils soient en faute : et l'absence de faute ne pourrait pas provenir, lorsqu'ils ont différé la provocation, de leur bonne foi, ou même de l'opportunité qu'avait pu présenter à leurs yeux un retard dans le dépôt de la demande, puisque l'art. 42 ne leur laisse à ce sujet aucune liberté d'appréciation ; mais uniquement de l'ignorance, non imputable à faute, de l'insolvabilité de l'association : et, en effet, celle-ci peut être parfois d'une constatation difficile (M. I, p. 104) ; ou, encore, pourrait-elle résulter, pour quelques-uns des membres la Direction, du fait de s'en être remis à tels ou tels d'entre eux du soin de faire les diligences nécessaires : ce que le texte paraît bien viser, puisqu'il suppose que certains membres pourraient être en faute, et non les autres.

Art. 43. — La capacité juridique peut être retirée à l'association, lorsque cette dernière, par une décision illégale de l'Assemblée ou par des agissements illégaux de la Direction, se trouve devenir un danger pour l'intérêt général.

Lorsqu'une association dont le but, d'après les statuts, n'était pas de se livrer à des opérations de caractère économique, poursuit un but de cette nature, la capacité peut lui être retirée.

Lorsqu'une association qui, d'après les statuts, n'avait pas un but de caractère politique, social politique ou religieux, poursuit un but de cette nature, la capacité peut lui être retirée.

Lorsqu'il s'agit d'association qui n'ait obtenu la capacité juridique que par voie de concession, la capacité peut lui être retirée, lorsqu'elle poursuit un autre but que celui indiqué dans les statuts.

I. Cette question du retrait de la personnalité est celle qui mettait le plus vivement en relief la difficulté d'opérer une séparation très nette entre le domaine du droit public et le domaine du droit privé. D'une part, quelques garanties qu'on ait entendu donner aux associations, en ce qui concerne l'ac-

FACULTÉ DE DR PARIS

quisition de la personnalité, garanties contre l'opposition arbitraire de l'administration, les législations d'Etats sur le droit d'association étaient maintenues ; de sorte que, là où le droit de dissolution serait laissé à l'arbitraire de l'administration, soit pour toutes les associations, soit pour certaines d'entre elles seulement, ce droit subsistera encore, au moins jusqu'à ce qu'il y ait sur le terrain du droit public une législation d'Empire qui ait rétabli, sur ce point, la concordance avec le Code civil. D'autre part, même en ce qui concernait la capacité juridique, et sans parler au moins dans la forme (cf. note sur art. 41) de dissolution proprement dite, il était difficile de ne pas accorder à l'administration certains pouvoirs, qui fussent la conséquence même des principes admis en matière d'acquisition de la personnalité ; de telle sorte qu'à côté des droits qui dussent continuer à lui appartenir en vertu du droit public, il importait de lui en accorder d'autres en vertu du droit privé (1). Il y a certains points en effet qui ne faisaient, et ne pouvaient faire, aucune difficulté, et qui d'ailleurs ne mettaient en jeu aucune question de droit public à proprement parler, si ce n'est dans la forme et au point de vue de la procédure. Il en est ainsi des trois derniers alinéas de l'art. 43. Dans le second et le troisième, il est question de contravention en quelque sorte aux statuts, ou de contravention à la loi, ce qui appelait une sanction, sur le terrain même du droit privé. Une association à caractère économique ne peut en effet acquérir la capacité par voie d'enregistrement (art. 21 et 22) ; si donc, sous couvert de but idéal, une association se livre à des opérations de caractère économique, elle se trouve en contravention avec les art. 21 et 22. De même, une association politique est soumise au droit d'opposition de l'administration ; une association de ce genre qui aurait dissimulé son but se trouverait avoir esquivé l'application de l'art. 61. Dans tous ces cas, l'acquisition et le maintien de la capacité se trouvaient être contraires à une disposition légale ; il va de soi que cette capacité devait pouvoir être retirée Et il en serait ainsi, non seulement d'une association qui, ne présentant dans la forme aucun but politique ou religieux, se trouverait en réalité poursuivre un but de cette nature, mais également

(1) Cf. Pr. p. 575.

de celle qui, ayant avoué un but de ce genre, se mettrait à poursuivre tel ou tel autre but politique ou religieux, différent de celui qu'elle avait indiqué comme étant le sien (Höld., p. 162). De même enfin pour les associations soumises au régime de la concession (art. 22 et 23) ; celle-ci n'ayant été accordée qu'à raison du but spécial indiqué dans les statuts, il devait y avoir possibilité de retrait de la concession elle-même, lorsque ce but venait à être modifié.

Mais il faut remarquer que pour les autres, celles bénéficiant du système de l'enregistrement (art. 21), l'administration n'ayant pas à approuver l'association, ni le but qu'elle poursuit, un changement de but ne suffirait pas à justifier le retrait de la personnalité, tant que l'association garde son caractère d'ascociation à but idéal. Le contraire avait été proposé (1) ; et l'on aurait pu en effet soutenir qu'il pût y avoir là une sanction nécessaire, en ce qui concerne la première partie de l'art. 61, celle visant les associations dont le caractère fût illicite, sans que leur but présentât pour cela aucun caractère politique ou religieux. Car, sans cela, lorsque, sous le couvert d'un but idéal licite, une association viendrait à modifier son objet initial, pour poursuivre un but illicite, sans qu'il y eût transformation du caractère de l'association, l'administration se fût trouvée désarmée. Au contraire, en lui donnant le droit d'intervenir toutes les fois qu'il y eût modification du but initial, on prenait par là même toutes les garanties indispensables. Mais c'était aller beaucoup trop loin, puisque le retrait de la capacité aurait pu intervenir pour tout changement de but, alors même que le nouveau n'eût rien d'illicite. C'est donc avec raison que la proposition fut rejetée (2). Il fut d'ailleurs pourvu autrement aux garanties dont il vient d'être parlé. Toutes ces causes de retrait ne visaient donc que des contraventions au droit privé lui-même.

II. Aussi, l'Avant-projet C, celui dont l'économie générale avait servi de base aux dispositions adoptées par la seconde commission (cf. *Bul. 1899*, note sur l'art. 21), ne parlait pas

(1) Pr. p. 487, § 57, t. et p. 574.
(2) Pr. p. 575.

d'un droit général de l'administration d'imposer le retrait de la capacité pour faits de nature à compromettre l'intérêt public. Il avait pu sembler que ce point rentrait bien, cette fois, dans le domaine du droit public proprement dit, et que, d'ailleurs, toutes les garanties étaient suffisamment prises par le maintien des Législations d'Etats sur le droit d'association. Le seconde Commission, cependant, crut devoir introduire à cet égard une disposition empruntée à la loi sur les associations coopératives et à la loi sur les sociétés à responsabilité limitée (1).

Cette disposition donne à l'administration le droit d'intervenir dès qu'il se produit une décision illégale prise par l'Assemblée générale ou des agissements illégaux de la part de la Direction, et à condition que cette décision ou ces faits constituent un danger pour l'intérêt général ; de sorte que l'illégalité du fait ne suffirait pas à elle seule, si on ne prouve pas qu'il y ait atteinte à l'intérêt commun, de même que cette dernière ne peut à elle seule servir de base au retrait de la personnalité si elle ne dérive, comme condition préalable, d'un fait positif d'illégalité. Et ce dernier pourrait être un changement de but, ayant pour objet la poursuite d'un but nouveau, déclaré illicite par le droit public en matière d'association, conformément à l'art 61.

Cette fois, bien qu'on eut pris certaines garanties contre le pur arbitraire administratif, puisque le motif tiré d'une atteinte à l'intérêt général n'est admis que s'il se fonde sur la violation matérielle d'une loi positive, il semblait bien que l'on pénétrât sur le terrain du droit public. Aussi avait-on proposé, d'une façon absolue, devant la commission du Reichstag, de ne pas se limiter, pour permettre le retrait de la personnalité, au cas où l'atteinte à l'ordre public résulterait d'un fait préalable entaché d'illégalité, mais de s'attacher, d'une façon générale, au but poursuivi, et d'accorder le même droit à l'administration, dès que ce but serait contraire à la loi ou aux bonnes mœurs (2). Cette fois, c'était supprimer toute garantie

(1) Loi du 1er mai 1889, art. 79 (art. 81 du texte révisé), et Loi du 20 avril 1892, art. 62, — on trouvera le texte de ces deux lois d'après la révision de 1898 dans le *Corpus juris civilis für das Deutsche Reich und Preussen*, de G. Meyerhoff, t. II (Handelsrecht), p. 244 et p. 290 — cf. Pr., p. 573 suiv. 575).

(2) Ber., p. 13.

et introduire l'arbitraire administratif. On crut devoir, pour ce qui est de ce dernier, en restreindre l'application sur le terrain du droit public, en tant qu'il s'agit des législations d'Etats, destinées à assurer d'une façon exclusive l'exercice du droit de dissolution ; et l'amendement fut rejeté. De sorte que, pour le cas d'un changement de but, que l'on déclarerait contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, cette simple appréciation ne suffirait pas, s'il n'y avait à la base une décision de l'assemblée ou un ensemble de faits émanant de la Direction, et qui par eux-mêmes fussent illicites. Quant à la question de savoir, une fois acquise la condition d'une illégalité préalable, si l'intérêt général est compromis, elle est laissée à la libre appréciation de l'administration. Toutefois, il semble bien admis que celle-ci doive s'en faire juge d'après les principes de droit public, établis en pareil cas, en ce qui concerne le droit d'association, et conformément aux pouvoirs reconnus sur ce point par la législation de chaque Etat, et accordés à l'administration, pour ce qui est du droit de dissolution des associations (1).

Art. 44. — Dans les cas prévus par l'art. 43, la question de savoir qui sera juge du retrait de capacité, de même que les questions relatives à la procédure, se règleront d'après les dispositions en vigueur des législations d'Etats sur le contentieux administratif. Là où n'existe pas de règlement relatif au contentieux administratif on appliquera les dispositions des art. 20 et 21 de la loi organique sur l'industrie ; la décision appartient en première instance aux autorités administratives supérieures dans le ressort desquelles l'association a son siège 1.

Lorsque la capacité dérive d'une concession du Bundesrath, elle ne peut être retirée que par décision émanant du Bundesrath.

[1] L'art. 44 règle les questions de compétence et de procédure, en exigeant, conformément aux principes posés en ce qui touche, pour les associations qui bénéficient du système de l'enregistrement, le droit d'opposition de l'administration (art. 62), que la question de retrait de capacité soit décidée par voie contentieuse, d'après les règles sur la juridiction administrative, telles qu'elles existent pour chaque Etat; et il est reconnu que c'est également d'après les principes du droit

(1) Cf. Pl. sur art. 43, p. 94 et *Pr.* p. 575-576.

administratif qu'il y aura lieu de décider s'il y a eu une illégalité commise, donc une violation de la législation d'Etat relative au droit d'association, et de même s'il y a, par suite de ce fait, atteinte à l'ordre public (Pl. sur art. 43-I). Pour le cas où l'Etat dans lequel l'association a son siège n'aurait pas de juridiction administrative, ou de contentieux administratif organisés, comme la Saxe par exemple (1), au lieu d'attribuer compétence aux tribunaux ordinaires, comme le fait, pour un cas analogue, la loi du 20 avril 1892 sur les sociétés à responsabilité limitée (art. 62), l'art. 44 emprunte le système admis par les art. 20 et 21 de l'Ordonnance générale sur l'industrie (*Gewerbeordnung*, §§ 20, 21), avec cette particularité que l'art. 44 attribue compétence aux autorités administratives supérieures du ressort, lesquelles, d'après la disposition de l'Ordonnance précitée, dont on trouvera le texte dans Planck, sur § 44, devront juger dans la forme contentieuse en instance publique, et avec les garanties judiciaires de droit commun (2). Cette procédure s'applique même aux associations dont la capacité provient d'une concession de la part de l'Etat dans lequel elles sont situées (art. 23) ; il n'y a exception que pour celles qui, d'après l'art. 23, auraient acquis la personnalité par concession du Bundesrath. Toute cette procédure administrative, telle qu'elle avait été réglementée par la seconde Commission (3), avait été rejetée par le Bundesrath, qui s'était contenté de laisser sur ce point la décision aux lois de l'Etat où l'association avait son siège (art. 41 P⁴) ; mais la réglementation primitive de l'art. 40, § 4 P² fut rétablie en seconde lecture par la Commission de Reichstag (4), après rejet d'une proposition un peu différente et de caractère encore un peu plus libéral admise en première lecture (5).

Art. 45. — Au cas de dissolution de l'association ou de retrait de capacité, le patrimoine appartenant à l'association est dévolu aux personnes qui se trouveront désignées dans les statuts.

Il peut être prescrit par les statuts que cette désignation serait faite par décision de l'Assemblée générale ou d'un autre organe de l'association. Si

(1) Cf. Ende., p. 212, note 2 ; Eck., p. 65-66.

(2) Pour le texte de la *Gewerbeordnung*, tel qu'il a été révisé en 1900, voir l'édition de Beck, Munich, 1901.

(3) Pr., p. 575, 576 et art. 40, § 4 P².

(4) Ber., p. 15, p. 17.

(5) Ber., p. 14.

l'association n'a pas pour but de se livrer à des opérations de caractère économique, l'Assemblée générale peut, même à défaut de toute disposition de ce genre dans les statuts, attribuer le patrimoine à une fondation ou à un établisement publics.

Lorsqu'il n'y a pas désignation des attributaires, s'il s'agit d'association qui, d'après les statuts, ait pour objet exclusif les intérêts mêmes de ses membres, le patrimoine est dévolu par parts égales aux associés faisant partie de l'association au moment de la dissolution ou du retrait de capacité ; et, dans tout autre cas, il est dévolu au fisc de l'Etat particulier dans le territoire duquel l'association a son siège.

I. Il n'a jamais fait doute que les statuts puissent désigner par avance les attributaires des biens de l'association au cas de dissolution. Mais, à défaut de désignation par les statuts, le premier projet (art. 49 P[1]) s'en remettait, pour cette détermination, aux législations d'Etats. Sur ce point encore la seconde Commission, conformément à son point de départ général, a établi une réglementation uniforme, soustraite au régime particulariste (Pr. p. 544). On s'était demandé, toutefois, si, par cette désignation dans les statuts, il ne fallait pas entendre une désignation initiale, et non celle qui eût été introduite après coup par modification statutaire. La première opinion avait été soutenue (Pr. p. 543), par la raison que les personnes qui, antérieurement à la modification survenue, ont pu faire des apports en argent, ou des donations à l'association, auront eu en vue la destination éventuelle, portée au statut initial, et qu'elles ont droit à ce que cette désignation ne soit pas changée. Mais, on considéra que, du moment que l'association peut, en vertu de l'autonomie qui lui est propre, modifier même son but initial, sans tenir compte des contributions antérieures qui auraient eu uniquement pour objet le but indiqué aux statuts, de même devait-elle pouvoir, en conséquence, changer l'attribution éventuelle de son patrimoine. Il faut donc entendre le mot statut de l'art. 45 du statut actuel au moment de la dissolution ; ceci a été dit expressément, bien qu'on eût rejeté, comme inutile, un amendement destiné à préciser ce point dans le texte lui-même (Pr. p. 541 et 543). Mais, bien entendu, il faut que la modification aux statuts soit antérieure à la dissolution. Toutefois, l'Assemblée, ou tout autre organe de l'association, telle que la Direction, par exemple, pourrait, même après la

dissolution, faire cette désignation, si le droit lui en a été conféré par une disposition des statuts ; car, il s'agit là encore d'une application du pacte statutaire, tel qu'il se trouvait exister avant la dissolution. Cette addition provient de la seconde Commission (Pr. p. 543). Il s'agit toujours dans tous ces cas d'un mode d'attribution prévu par les statuts.

II. Mais quel système adopter lorsque les statuts n'avaient rien prévu? Deux conceptions principales avaient été exposées; l'une consistant, dans tous les cas, à partager les biens entre les associés (Pr. p. 539-540) ; l'autre à n'admettre ce partage que s'il s'agissait d'associations ayant pour but exclusif de pourvoir aux intérêts de leurs membres ; et, pour toute autre hypothèse, d'attribuer les biens au fisc, sauf à l'obliger à en faire un emploi conforme au but initial de l'association, ou encore à ériger ce patrimoine lui-même en patrimoine de fondation au profit de l'Etat. Le premier système s'appuyait surtout sur les difficultés pratiques qu'il y aurait à distinguer, en dehors des sociétés à but économique, les associations fondées dans l'intérêt individuel des associés de celles destinées à un but d'intérêt général ; et l'on ajoutait que l'attribution, ou destination forcée, avec emploi au profit de l'Etat, revenait à donner aux associations à but idéal le caractère d'une fondation ou d'un établissement, alors que par la forme adoptée, et dans l'intention même du fondateur, elle devaient s'en distinguer essentiellement (Pr. p. 544-545) ; d'autant que l'attribution au fisc paraissait être, surtout, la conséquence des conceptions traditionnelles, et purement artificielles, sur la personnalité, alors que celle-ci était considérée comme une fiction, et une forme d'emprunt, qui couvrait et cachait en quelque sorte la personnalité de l'Etat, toutes conceptions abandonnées aujourd'hui. Mais la majorité, tout en répudiant cette dernière conception, considéra qu'il s'agissait, en pareil cas, d'une simple présomption de volonté ; et que, lorsqu'on ne se trouvait plus en présence d'associations ayant en vue l'intérêt personnel de ceux qui en font partie, l'intention des associés était, sans qu'il pût y avoir doute à cet égard, que le but poursuivi par eux fut continué, fut-ce même aux mains de l'Etat. Et quant à la difficulté de distinguer entre les associations à but intéressé et les autres, on imagina, pour l'atténuer,

de permettre, pour le seul cas où il y eût doute, c'est-à-dire pour les associations à but idéal, à l'Assemblée générale, même à défaut de toute disposition qui lui conférât ce droit dans les statuts, de faire elle-même l'attribution des biens à une fondation ou à un établissement, ayant le caractère de fondation ou d'établissement publics. De cette façon, il ne saurait plus être question de soulever la question de partage ; et, d'autre part, l'emploi ou l'affectation des biens se trouveront déterminés par l'association elle-même, en vue de la continuation du but initial, ou d'un but analogue, et par exclusion du fisc proprement dit (1). Ce n'est qu'à défaut de tous ces modes de désignation, ou à défaut de toute attribution légale dérivant du caractère de l'association, que les biens sont dévolus au fisc ; et il s'agit, sauf pour les associations qui auraient reçu la personnalité du Bundesrath (2), par analogie de l'art. 1936, du fisc de l'Etat particulier dans lequel se trouve fixé le siège de l'association. Et encore dans les Etats dans lesquels la législation désigne comme attributaire, au lieu du fisc, une corporation, une fondation ou un établissement de caractère public, ces dispositions se trouvent maintenues (3).

III. Dans tous les différents projets, les dispositions qui précèdent ne s'appliquaient qu'au cas de dissolution proprement dite ; la commission du Reichstag a fait, de la plupart de ces derniers, des cas de retrait de capacité, sans parler de dissolution ; et elle leur applique, comme dans les projets précédents, les dispositions de l'art. 45. Pour les difficultés qui peuvent résulter de ce changement de conception, il suffira de se reporter à la note sur l'art. 41.

Art. 46. — Lorsque le patrimoine social échoit au fisc, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions relatives à l'hypothèse où il y a dévolution de l'hérédité au fisc, comme successeur appelé par la loi. Le fisc doit, autant que possible, affecter le patrimoine à une destination qui corresponde au but poursuivi par l'association.

Lorsqu'il y a dévolution au fisc, on n'a pas cru devoir imposer la liquidation, les créanciers trouvant une garantie suf-

(1) *Pr.* p. 546.
(2) Art. 23, Cf. Pl., § 45, p. 97.
(3) L. Int., art. 85.

fisante dans les règles sur la succession à titre universel. Les textes visés sont principalement les art. 1936, 1942, 1966, 1975, suiv. et 2043 (1). Quant à la disposition finale relative à l'emploi des biens, elle constitue, comme Planck le fait remarquer, une règle de droit public, et non de droit privé.

Art. 47. — Dans tous les cas où le patrimoine social n'est pas dévolu au fisc, il doit y avoir lieu à liquidation.

Contrairement au premier projet (art. 49 P[1]), qui n'imposait la liquidation que lorsqu'il y avait partage entre les associés, la seconde commission a cru devoir faire de cette garantie une règle générale, sauf pour le cas de dévolution au fisc, en vue de mieux assurer aux créanciers le paiement des dettes de l'association, et également pour éviter aux attributaires, pour le cas où, comme le voulait le premier projet, on eût admis à leur égard une règle analogue à celle de l'art. 46, l'application de l'art. 1942, qui se fut opposé au droit de refuser la dévolution (2).

Art. 48. — La Direction est chargée de la liquidation. Celle-ci peut aussi être confiée à d'autres personnes ; dans ce cas, on applique, pour ce qui est de la désignation des liquidateurs, les dispositions relatives à la désignation de la Direction.

Les liquidateurs ont la même situation juridique que la Direction, en tant que le but poursuivi par la liquidation n'exige pas qu'il en soit autrement.

S'il y a plusieurs liquidateurs, leurs décisions doivent être prises à l'unanimité, en tant que le contraire n'a pas été établi.

Que les liquidateurs soient les membres de la Direction, ce qui est le droit commun (3), ou que, par suite d'une décision de l'Assemblée, ils aient été nommés conformément aux art. 27 et 29, leur situation juridique et leurs pouvoirs sont analogues, et ont même caractère que ceux attribués à la Direction, si ce n'est qu'ils sont déterminés et orientés par un but spécial qui pourra influer sur l'étendue même de ces pouvoirs (art. 49). Et c'est ainsi, déjà, que, si, par rapport à ces pouvoirs des liquidateurs, il avait été admis une restriction analogue à celle de l'art. 26, celle-ci ne pourrait pas avoir pour

(1) Cf. Pr. p. 97 et *Pr.* 547.
(2) *Pr.* 547.
(3) Cf. C. commerce, art. 295.

objet des actes indispensables à la liquidation, telle que serait, par exemple, l'interdiction de vendre certains biens (1). La responsabilité des liquidateurs sera déterminée d'après les principes de l'art. 31, de même qu'il y aurait lieu également à l'application du second alinéa de l'art. 42 (2). La seconde commission a cependant introduit une exception importante à ce principe d'assimilation, en ce que, pour les décisions à prendre, lorsqu'il y a plusieurs liquidateurs, et cela même si c'est l'ancienne Direction qui remplit ce rôle, on exige l'unanimité, alors que, pour la Direction, tant que dure l'association, on venait d'introduire le principe majoritaire (art. 28) ; on conserve, en matière de liquidation, le système de l'unanimité, qui avait été admis comme principe général par le premier projet, et qui est, d'ailleurs, celui du droit commercial (3). Mais le contraire pourrait avoir été établi, soit par les statuts, soit par décision de l'Assemblée, dans le cas où celle-ci a pris une décision spéciale, relative à la nomination de liquidateurs autres que les membres de la Direction.

Art. 49. — Les liquidateurs doivent terminer les affaires courantes, recouvrer les créances, convertir en argent ce qui reste de l'actif, désintéresser les créanciers et remettre le reliquat aux ayants droit. Les liquidateurs peuvent aussi, en vue de terminer les affaires pendantes, en entamer de nouvelles. Il sont autorisés à ne pas procéder au recouvrement des créances comme à la réalisation en argent de ce qui reste de l'actif, en tant que ces mesures ne sont pas exigées pour la satisfaction des créanciers et le partage de l'excédent d'actif entre les destinataires.

L'association est censée continuer de subsister jusqu'à la fin de la liquidation, en tant que le but de la liquidation exige qu'il en soit ainsi.

I. L'art. 49 trace la mission des liquidateurs en indiquant les différentes opérations qu'elle doit comprendre (3) ; de telle sorte qu'il semble répondre par là à la question à laquelle l'art. 48 faisait allusion, en disant que l'assimilation, établie entre la situation juridique des liquidateurs et celle des membres de la Direction, devait subir certaines restrictions, imposées par l'objet même et le but que la liquidation avait en

(1) Pl. sur § 48, p. 98.
(2) Cf. art. 55 P² et *Pr.* 551. Cf. art. 53.
(3) Cf. commerce, art. 150 et art. 298 § 3 ; cf. *Pr.* 548,
(4) Cf. C. commerce, art. 149 et art. 298.

vue. Aussi Planck (1) a-t-il prévu trois façons possibles d'interpréter la disposition de l'art. 49. D'après une première conception, le texte, en énumérant les mesures auxquelles les liquidateurs auraient à procéder, n'aurait pas eu l'intention de restreindre leurs pouvoirs aux actes qu'il indique, mais uniquement de fixer les éléments de leur responsabilité, vis-à-vis de l'association ou des destinataires de l'actif social. Leurs pouvoirs, au point de vue objectif, resteraient illimités, par rapport aux tiers ; et, vis-à-vis de ces derniers, tout acte ou toute affaire engagée par eux se trouveraient valables, sauf à déclarer les liquidateurs responsables vis-à-vis des intéressés, s'ils outrepassent leur mission. Dans un second système, on ferait observer que le second alinéa, en tant qu'il vise les actes passés par les liquidateurs en dehors des opérations énumérées au texte, n'en admet la validité que s'il est démontré qu'ils fussent nécessaires pour terminer les affaires en cours. On fait remarquer que, pour cette hypothèse, le texte déclare que les liquidateurs peuvent faire les opérations exigées pour mener les autres à bonne fin, alors que, dit-on, si leurs pouvoirs eussent été illimités, de telle sorte qu'un acte quelconque, passé par eux, dût être valable à l'égard des tiers, au lieu d'une autorisation, le texte devrait porter obligation d'accomplir les actes requis. On en conclut que les liquidateurs n'ont de pouvoirs exprès que pour les actes qui, par leur nature, visent la liquidation, alors que, pour les autres, il faudrait, pour les valider, faire la preuve exigée par le second alinéa du texte. Mais Planck observe, avec raison, qu'en dehors des actes expressément visés par l'art. 49, tous les autres seraient suspects vis-à-vis des tiers, et que ce serait par là-même enlever tout crédit aux liquidateurs ; par exemple, au cas où la vente des immeubles serait différée et qu'il fût nécessaire, en ce qui les concerne, de passer des baux, oude faire des ventes et achats accessoires, sans que l'on pût décider *a priori*, si ces actes, par leur nature, fussent des actes de liquidation proprement dite, ou s'ils pussent être considérés, ou non, comme se rattachent à une affaire en cours. De là, le troisième système, qui classe les opérations d'après leur

(1) § 49, p. 99.

but final, et non d'après leur nature objective ; de telle sorte qu'un acte quelconque, quelle qu'en soit la nature, devra être valable, s'il se rattache aux nécessités de la liquidation, étant donné que cette dernière présomption dût être la règle vis-à-vis des tiers et que la nullité ne leur fût opposable que s'ils ont pu connaître l'irrégularité de l'opération.

Cela revient donc, en principe, à admettre, comme le premier système, la validité de tous les actes quelconques faits par les liquidateurs, sauf aux intéressés à prouver la mauvaise foi ou l'imprudence des tiers. Et il est, en effet, peu probable que la rédaction du second alinéa du texte puisse fournir à l'encontre de cette interprétation une objection suffisante ; car, s'il paraît légitimer certains actes qui, par leur nature, sembleraient devoir être interdits, c'est uniquement afin de couvrir, vis-à-vis des intéressés, la responsabilité de ceux qui les ont faits ; opinion qui semble bien confirmée par les art. 151 et 149 du nouveau Code de commerce (1).

II. Quant au maintien, pendant la liquidation, de la personnalité, ou plutôt de la capacité civile, de l'association, dans la mesure où cette capacité est nécessaire à la liquidation, et tant qu'elle se trouve nécessitée par elle, c'est la consécration du droit commun, admis aujourd'hui par toutes les législations ou les jurisprudences en matière commerciale (2). D'ailleurs, cette solution était déjà impliquée par la disposition relative à la situation juridique reconnue aux liquidateurs. Il est vrai que cette capacité ne subsiste que dans la mesure où la liquidation l'exige : ce qui peut faire allusion, sans doute, aux pouvoirs des liquidateurs ; mais alors il y aurait là comme un double emploi avec ce que dit à ce sujet l'article 48 § 2, et ce serait revenir à la question de principe discutée par Planck, et dont on a vu l'exposé. Aussi, aurait-on pu voir là une allusion aux questions de propriété ; en ce sens que, sans attendre la fin de la liquidation, le patrimoine appartiendrait déjà, théoriquement, aux destinataires. Mais il ne semble pas (3)

(1) Cf. Höld., p. 166.
(2) Cf. C. commerce, art. 156.
(3) Cf. note sur art. 53.

que telle soit la conception admise, bien que, sans doute, ce point doive être laissé à l'élaboration de la doctrine.

Art. 50. — La dissolution de l'association ou le retrait de capacité doivent être rendus publics par les soins des liquidateurs. Dans l'acte par lequel s'opère cette publication, on doit inviter les créanciers à faire valoir leurs droits. La publication doit se faire dans la feuille publique qui aurait été désignée dans les statuts pour les annonces officielles de l'association, ou, à défaut de désignation de ce genre, dans celle qui sert aux publications du tribunal de bailliage, dans le ressort duquel l'association a son siège. La publication n'est considérée comme opérée qu'à partir du second jour après l'insertion, s'il n'y en a qu'une, ou, sinon, du second jour après la première insertion.

Les créanciers connus doivent être invités par avis individuel à produire.

La seconde Commission (1) a prévu les cas, assez fréquents, où les statuts indiqueraient un journal comme devant servir aux annonces et publications à faire par l'association ; c'est dans cette feuille, en pareil cas, que devra se faire la publication requise dans les hypothèses visées par le texte. Et ce n'est que subsidiairement, contrairement à l'article 52 P[1], que l'on aura recours à la feuille officielle désignée pour les annonces judiciaires du ressort.

Art. 51. — Le patrimoine ne doit être remis aux destinataires qu'après expiration d'une année, à compter de la publication, devenue définitive, de la dissolution ou du retrait de capacité.

Reproduction de l'art. 53 P[1] ; si ce n'est que ce dernier, conformément au système général du premier projet (2), ne prévoyait que le cas de répartition entre associés. Il faut noter, d'ailleurs, que, tant que le patrimoine n'a pas été effectivement remis aux destinataires, les créanciers peuvent encore utilement se présenter. On n'établit contre eux aucun délai de forclusion (3).

Art. 52. — Si un créancier connu ne produit pas, le montant de ce qui lui est dû doit être consigné à son compte, lorsque les conditions exigées par la loi pour qu'il puisse y avoir consignation se trouvent remplies.

(1) *Pr.* 550.
(2) Cf. note sur art. 47.
(3) Pl. § 51, p. 100 et art. 52.

Si le règlement d'une obligation ne peut avoir lieu, ou si une obligation se trouve contestée, au moment où la remise du patrimoine devrait être faite, cette dernière ne sera permise, au profit des destinataires, que si une sûreté est fournie aux créanciers.

I. L'échéance du délai de l'art. 51, en ce qui concerne les créanciers inconnus, a pour effet, uniquement, de dégager la responsabilité des liquidateurs, en ce sens que ceux-ci peuvent se décharger de l'actif et le remettre aux destinataires sans avoir rien à craindre des créanciers qui ne se révéleraient qu'ultérieurement. Mais on aurait pu croire qu'à l'égard des créanciers connus, cette échéance eût autorisé de plein droit la consignation, ce qui aurait équivalu à en assimiler les effets à ceux de la demeure elle-même (art. 372). Cette solution aurait pu paraître d'autant plus justifiée que l'art. 52 fait de cette consignation une obligation imposée aux liquidateurs, pour qu'ils puissent faire remise de l'actif aux destinataires. Tel n'est pas le système adopté. A l'égard de ces créanciers, comme ils doivent être avisés individuellement (art. 51), on peut dire que le délai de l'art. 51 est à peu près indifférent. L'art. 51, conformément à ce qui est admis en droit commercial (C. c^ce^. art. 301), exige en effet les conditions ordinaires de la consignation ; et il exige en outre que le créancier n'ait pas produit, sans s'occuper de savoir si ce défaut de production se place après le délai de l'art. 51. Donc, il faut, comme première condition, que le créancier n'ait pas produit, à supposer, bien entendu, qu'il ait été avisé conformément à l'art. 50 ; et qu'il n'ait pas produit au moment où se fait la distribution de l'actif, ou la remise aux destinataires, dans les conditions prescrites par l'art. 51. Mais, de plus, il faut encore que toutes les conditions exigées par les art. 372 et suiv., soient réunies ; donc que le créancier soit en demeure, conformément aux art. 293 à 299, ou, à défaut de la demeure, que la condition subsidiaire de l'art. 372 se trouve réalisée. Il y a lieu, d'ailleurs, d'appliquer le droit commun, suivant lequel le simple dépôt, par lui-même, ne suffit pas à libérer le débiteur ; cette libération n'étant acquise (art 378) que lorsque le droit de retirer la chose consignée n'existe plus (art. 376). Il est vrai qu'il en est ainsi, en principe, si, au moment de la consignation, le déposant renonce au droit de retrait (art. 376) ; et les liquidateurs pourraient, en

effet, faire cette déclaration, mais ils n'y sont pas forcés (1). Donc, s'ils n'ont pas renoncé au droit de retrait, ils peuvent encore reprendre ce qui a été consigné ; seulement, Planck fait observer que, d'après l'art. 379, la consignation est alors considérée comme non avenue, de telle sorte que, si la remise de l'actif avait été opérée, elle se trouverait avoir été faite irrégulièrement, d'après l'art. 52 lui-même ; la responsabilité des liquidateurs serait engagée de ce chef.

II. L'exigence d'une sûreté, au profit des créanciers qui peuvent avoir droit à un règlement de compte éventuel, se trouve imposée pour tous les cas où, au moment de la distribution ou de la remise de l'actif social, il y a une créance en suspens; ce qui arrivera, non seulement au cas de contestation, de terme ou de condition, mais toutes les fois qu'à défaut de paiement normal la consignation ne pourra pas avoir lieu, par exemple, parce que, dans l'hypothèse prévue par l'art. 52 § 1, les conditions de l'art. 372 ne se trouveraient pas réunies ; et l'on peut supposer, en effet, qu'il s'agisse de choses non susceptibles de consignation.

Art. 53. — Les liquidateurs qui, contrairement aux obligations qui leur sont imposées par l'art. 42, § 2 et les art. 50 à 52, ou qui, avant que les créanciers aient été désintéressés, font remise de l'actif aux destinataires, sont, s'il y a eu faute de leur part, responsables envers les créanciers du dommage qui en serait résulté pour ces derniers : ils en sont tenus comme débiteurs solidaires.

I. Les Motifs (2) observent, avec raison, que les liquidateurs sont les gérants de l'association, et non les mandataires des créanciers. Ils ne sont responsables, de ce chef, que vis-à-vis de l'association elle-même. Si donc, par suite d'une gestion irrégulière, ils compromettent les droits des créanciers, ceux-ci n'auraient pu s'en prendre à eux qu'en exerçant les actions appartenant de ce chef à leur débiteur, actions qui font partie du patrimoine de l'association, puisque ce patrimoine subsiste encore, en vue de la liquidation, et tant qu'elle dure (3). Il a semblé, toutefois, que, lorsqu'il y avait violation des pres-

(1) Cf. Pl. § 53-1, *in fine*, p. 101.
(2) M. I, p. 117.
(3) Cf. Pl., p. 101-102.

criptions qui visent expressément les créanciers, et établies par la loi dans leur intérêt propre, on devait considérer qu'il y avait là les éléments matériels d'un délit civil, justifiant à leur profit l'attribution d'une action directe à l'encontre des liquidateurs (1). Telle est la théorie dont l'art. 53 fait l'application, et qui se rattache, d'une façon immédiate, aux principes sur la responsabilité délictuelle, comme le prouve la condition de faute, sur laquelle insiste, plus spécialement encore, la seconde rédaction, en la formulant de manière à bien établir qu'elle est requise pour tous les cas visés par le texte, et pour lesquels est admise l'action directe contre les liquidateurs (2).

II. Reste à se demander si les créanciers peuvent avoir action contre les destinataires qui auraient reçu délivrance irrégulièrement. Bien entendu, il ne s'agit pas du fisc, lequel est traité comme un successeur universel, donc comme un héritier ; aussi n'y a-t-il pas lieu dans ce cas de recourir à aucune procédure de liquidation. Mais, dans tous les autres cas, les destinataires ne sont pas des successeurs proprement dits. L'opinion qui paraît l'emporter (3) est qu'ils sont de simples créanciers, ayant un droit contre l'association, droit à recevoir l'excédant d'actif. Si donc ils étaient payés avant que tous les créanciers aient été désintéressés, ils se trouveraient avoir reçu l'indû, puisque l'obligation qui incombe à l'association à leur profit n'existe que s'il y a un excédant de fonds disponible et dans la mesure où cet excédant existe. Planck en conclut que, de même que, si l'on avait payé une dette à un créancier fictif, les autres pourraient exercer contre lui l'action en répétition appartenant à leur débiteur, de même peuvent-ils prétendre qu'une action en répétition revenant, du chef de la remise indue, à l'association elle-même, celle-ci a encore un patrimoine sur lequel ils ont droit, et que, par suite, ils peuvent saisir et exercer l'action qui lui est accordée de ce chef. Seulement, l'exercice de cette action indirecte suppose que les liquidateurs, en versant les fonds, ignoraient que ceux-ci dussent

(1) M. I, p. 117.
(2) Cf. art. 56 P[1] et art. 48 P[2].
(3) Pl. § 52-2, p. 102.

être absorbés par un supplément de passif non encore éteint (art. 814). S'ils avaient conscience, au contraire, de l'irrégularité du procédé, il y aurait bien, sans doute, un acte qui, par sa nature objective, ne rentrerait plus parmi les actes de liquidation ; mais comme, par hypothèse, il n'y aurait pas eu violation de l'art. 51, la remise n'ayant eu lieu qu'après le délai légal, l'irrégularité de l'opération, d'après le système admis par Planck sur l'art. 49, ne serait opposable aux tiers, ici aux destinataires, que si ces derniers avaient eu connaissance de la fraude elle-même (1). On voit donc qu'en principe les créanciers n'ont pas d'action directe contre les destinataires qui auraient reçu délivrance en violation des règles établies par la loi pour la protection des créanciers. Cette action directe n'aurait pu être admise que sur le fondement de l'article 812 relativement à l'enrichissement sans cause. Or, l'article exige que l'enrichissement ait eu lieu aux dépens de celui à qui la loi donne le droit à répétition ; et, dans l'hypothèse ici visée l'enrichissement a lieu, en droit, aux dépens de l'association et non des créanciers (2). Les Motifs (3) indiquent, d'ailleurs, qu'il n'y avait aucune raison pour attribuer action directe contre les destinataires.

Art. 54. — Les associations qui n'ont pas la capacité juridique sont régies par les dispositions relatives au contrat de société. Tout acte juridique accompli à l'égard d'un tiers au nom d'une association de cette nature engage la responsabilité personnelle de celui qui l'a accompli ; s'il émane de plusieurs agissant en commun, ceux-ci sont tenus solidairement.

I. L'art. 54 vise la situation faite aux associations qui, tout en ayant une existence licite, n'auraient pas, en tant qu'associations, la capacité juridique. Et elles pourront être nombreuses. Il y a, par exemple, les associations politiques ou religieuses, à l'égard desquelles l'administration, bien qu'il s'agisse d'associations licites, aurait fait valoir son droit d'opposition, conformément à l'art. 61 § 2. Il y a les associations à qui l'on aurait retiré la capacité, sans toutefois les dissoudre, et qui se maintiendraient, en tant qu'associations de fait (art. 41 et 43).

(1) Cf. note sur art. 49.
(2) Pl. *loc. cit.*
(3) I, p. 117.

Enfin, il faut compter avec certains inconvénients qu'entraînera forcément le système de tutelle administrative qui continue à s'appliquer, au moins partiellement, à l'égard des associations douées de personnalité, sans parler des exigences un peu formalistes du système de l'immatriculation. Il pourra donc arriver que beaucoup d'associations ne se soumettent pas à l'enregistrement (1). Il en sera ainsi d'autant plus fréquemment que la situation faite par l'art. 54 à ces associations de fait sera très voisine de celle qui résulterait pour elles de l'attribution de la personnalité. Quoi qu'il en soit, cette situation, il fallait, de toute nécessité, que la loi la réglât. S'agissant d'associations qui ne fussent pas illicites, on ne pouvait pas les traiter comme n'existant pas ; on ne pouvait pas assimiler leur patrimoine à un patrimoine d'indivision. Il fallait forcément chercher à tenir compte de la séparation de patrimoines constituée par le contrat d'association. On trouvera dans le *Bulletin* (2), l'exposé des différents systèmes présentés et soutenus devant la seconde commission. Il suffira ici de montrer les conséquences pratiques de celui qui a prévalu.

II. Le principe dominant admis par l'art. 54 est que l'on appliquera à ces associations dénuées de capacité les règles du contrat de société. Comme on l'a fort bien fait remarquer (3), la loi ne dit pas que les associations soient des sociétés. On conserve la différence de nature qui les sépare (4). La loi déclare, ce qui n'est pas la même chose, qu'on leur appliquera, en quelque sorte à titre subsidiaire, les règles établies pour les sociétés. Or, la seconde commission se décida, après de nombreuses et importantes discussions, à soustraire le patrimoine commun, en matière de sociétés, au système romain de la copropriété, pour admettre la conception germanique et coutumière d'une communauté de propriété. Ce système de propriété commune, propriété tenue en main commune (*Gesammte Hand*), n'était pas une nouveauté pour l'Allemagne. Ce fut d'ailleurs la conception admise également dans toute notre

(1) Cf. Gierke, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, Berlin, 1900.
(2) Ann. 1899, p. 452 suiv.
(3) Hachenburg (Vorträge), *Das bürgerliche Gesetzbuch*, p. 476 ; Gierke, *loc. cit.*, p. 9.
(4) Cf. *Bul.* 1899, p. 453-454.

ancienne France pour toutes ces petites communautés de famille, si nombreuses parmi les paysans ; celle également qui fut appliquée, même chez nous, aux premières sociétés commerciales. C'est le système qui résulte, en quelque sorte, de la réalité des choses, dès qu'un patrimoine se forme, au moyen d'apports communs, en vue d'un but collectif. L'indivision n'est qu'un état transitoire, fait pour les patrimoines à la veille d'un partage, et forcément immobilisés, comme une masse héréditaire. Elle ne saurait jamais s'appliquer là où l'on se trouve, non plus en présence d'une masse inorganique, mais d'une copropriété organisée et unifiée, faite pour fonctionner en vue de sa destination économique. Il n'y a dans ce cas que deux réalités possibles : ou bien tenir compte de la volonté commune qui se dégage de la multiplicité des personnes associées et faire de cette personnalité juridique, non plus fictive mais réelle, le sujet unique de l'actif social ; ou bien s'abstraire de ce procédé d'unification, pour s'en tenir à l'idée d'un groupement collectif, qui possède en commun, gère en commun, détient en commun, de telle sorte que la collectivité seule ait des droits, et les individus aucun. Et c'est là, en effet, ce qui caractérise la propriété commune ; c'est que les droits des associés ne sont susceptibles, tant que dure la communauté, d'aucune individualisation, ni quant à la proportion de leurs parts, ni quant aux objets sur lesquels ils portent. Les parts ne se fixeront qu'à la dissolution. Jusque-là, les associés peuvent changer et disparaître, leur nombre s'accroître ou diminuer ; aucun n'a encore de droit individuel, fixé à une quote-part du tout, qui soit à lui et qu'il transmette à ses héritiers. Son droit est une part indéterminée dans un patrimoine envisagé comme une valeur d'ensemble, comme un tout économique, et affecté à un but commun (1). Il s'ensuit que ce patrimoine forme une masse à part, forcément séparée du patrimoine de chacun des associés. Ceux-ci n'ayant encore aucune part individuelle, ne peuvent pas demander le partage ; leurs créanciers ne peuvent saisir aucune part de l'actif commun ; leurs héritiers n'ont droit à rien ; de même qu'aucune compensation ne saurait s'établir entre leurs dettes personnelles et une créance

(1) Cf. Kohler, *Substanzrecht und Wertrecht* dans *Archiv für die civilistische Praxis* (1901), p. 155 et suiv.

de l'association. Théoriquement, ce patrimoine, tenu en commun, ne devrait pouvoir être administré qu'en commun, par tous les communistes agissant d'ensemble. Mais ces dispositions, et quelques autres qui sont en contradiction avec les nécessités d'administration unifiée que comporte toute association, peuvent être modifiées par les statuts. Cela est dit de la plupart d'entr'elles en matière de sociétés ; de sorte qu'il s'établira, en matière d'associations, des formules de style, que reproduiront les statuts des différentes associations de fait, et par lesquelles leur organisation, tant interne qu'externe, se rapprochera de l'organisme créé pour les associations douées de personnalité.

III. Cette organisation sera réglée par les statuts de l'association ; lesquels s'empresseront de profiter de la liberté laissée par les articles 736 et suiv., pour stipuler que la société continuera malgré le décès, la démission ou la faillite de l'un des associés. Ils règleront la condition de l'admissibilité ou de l'exclusion des membres de l'association ; ils organiseront la gérance de l'actif social, en créant, comme le permet l'art. 710, une Direction, qui pourra être constituée comme elle l'est pour les associations personnes morales ; de même pourra-t-on prévoir l'existence d'assemblées générales et toute une réglementation à peu près identique à celle admise par la loi pour les associations douées de capacité. Les gérants et administrateurs seront considérés comme des mandataires, et les rapports juridiques nés des actes passés par eux seront régis d'après les règles du mandat (art. 717) ; et Gierke remarque (1) que leur situation, sous ce rapport, sera à peu près la même que celle qui dériverait de l'art. 27 § 3. Qu'importe, à première vue, que ces mandataires représentent, dans un cas une association unifiée, et dans l'autre la collectivité des membres ?

Toutefois, c'est ici que se présente une première et importante différence avec les associations personnes morales ; l'article 54 exige, dans l'intérêt des tiers, que celui qui contracte au nom de la société, réponde personnellement de

(1) *Loc. cit.*, p. 14.

l'obligation ou des obligations ainsi contractées; et, si la société est représentée par plusieurs administrateurs qui soient censés passer l'acte en commun, tous en répondent solidairement. Il semblerait donc, puisqu'on fait une place à part à ceux qui ont contracté au nom de l'association, que, en dehors du ou des gérants, les autres associés n'aient aucune responsabilité personnelle à se voir opposer, et que, par suite, le fonds social soit seul à répondre des dettes sociales. En tant que principe, ce serait inexact; car le contrat est passé, non pas au nom de l'association personne morale, mais au nom des membres de l'association pris dans leur ensemble. Il n'est pas douteux que, théoriquement, chacun des membres de l'association est personnellement et directement responsable des dettes sociales. Mais s'agit-il d'une responsabilité solidaire, ou proportionnelle à sa part dans la société ?

Il semble bien, tout d'abord, que, d'après l'article 735, ce ne serait qu'une responsabilité subsidiaire, n'intervenant que si l'actif social est insuffisant à payer les dettes ; et l'on pourrait même être tenté de conclure du même article 735 que ce ne serait jamais qu'une responsabilité proportionnelle à la part de chacun des associés. Cependant cette division des dettes serait difficilement acceptable lorsqu'il s'agit de dettes contractuelles, puisqu'en pareil cas les gérants ne peuvent contracter qu'au nom de tous, et que, par suite, ils engagent tous les membres personnellement (1) ; il en serait de même d'une dette provenant d'un délit dont la responsabilité incombât en commun à tous les associés. En dehors de ces hypothèses, on peut sans doute, admettre la division des dettes (art. 420). Mais, pour le cas le plus fréquent, celui des dettes résultant de contrats, en principe, la solidarité s'impose, sauf convention contraire passée avec les contractants.

D'ailleurs, qu'il s'agisse de responsabilité solidaire ou divisée, cette responsabilité reste illimitée quant aux biens sur lesquels elle porte. Les créanciers peuvent exercer leurs poursuites sur tout le patrimoine personnel de chacun des associés, sans être obligés de limiter leur action à la part de chacun dans le fonds social. Il est vrai que tout le monde admet

(1) Cf. Art. 427, *cf.*, Hachenburg, 477, Gierke, 28.

que, sur ce point encore, les gérants, en passant l'acte, pourraient convenir qu'ils n'engagent les autres associés que pour le montant de leur part. Mais voici où la difficulté commence ; c'est lorsqu'il s'agit de savoir si cette limitation pourrait être imposée par les statuts. Les gérants, après tout, ne sont que les mandataires des associés, et ils ne peuvent les engager que dans la mesure où ceux-ci leur ont donné mandat à cet effet. Pourquoi ce mandat ainsi limité ne pourrait-il pas être inséré dans les statuts? Planck admet sans hésitation cette limitation statutaire de la responsabilité personnelle des associés (1) ; de telle sorte qu'en pareil cas les créanciers se trouveraient réduits, quant à leur droit de poursuite, aux biens formant le patrimoine social. D'autres auteurs (2) ne l'acceptent que si l'association a revêtu la forme légale d'une société à responsabilité limitée (3), ou celle d'une société par actions. Mais la disposition finale de l'art. 54 semble bien laisser supposer que cette limitation soit possible, puisque, sans cela, il serait bien inutile d'imposer aux seuls gérants une responsabilité personnelle illimitée. Si, d'une part, elle constitue le droit commun pour tous et que, d'autre part, les statuts ne puissent jamais en dispenser, en quoi la situation des gérants diffèrera-t-elle de celle des autres associés? Il faut donc supposer que ces derniers puissent limiter par avance leur propre responsabilité par voie statutaire ; l'art. 54 a pour but de prohiber pareille restriction en tant qu'il s'agit de ceux qui passent l'acte ou qui concluent le contrat. Et ainsi, quelles que soient les dispositions statutaires, il restera toujours, au point de vue des dettes et de la responsabilité personnelle qui s'y réfère, une différence irréductible entre les associations sans capacité propre et les associations personnifiées, c'est en ce qui concerne la responsabilité de ceux qui ont contracté au nom de l'association (4).

IV. Il est donc à peu près exact de dire, au moins en fait, que les dettes contractées pour l'association sont des dettes de

(1) Pl., p. 104.

(2) Eck., p. 84-85, Hachenburg, 477.

(3) Cf. Loi du 20 avril 1892.

(4) Sur toute cette question v. Gierke, *loc. cit.*, p. 20 p. 29-30 ; cf. Kohler, *loc. cit.*, p. 202-203.

l'association. Tout d'abord, on a admis, au point de vue de la capacité judiciaire, que les créanciers qui ont action contre le patrimoine social, et en réalité contre les membres de l'association, peuvent poursuivre l'association elle-même, prise dans son unité, sans mettre en cause les associés. Cette assimilation avec les associations personnes morales est une innovation importante du Code de procédure (art. 50) ; et il semble bien qu'elle ne s'appliquerait plus en matière de sociétés civiles. C'est un des points sur lesquels, en dépit du rapprochement fait par l'art. 54, il y a intérêt à distinguer entre associations et sociétés. Et de même le Code de procédure admet (art. 735) qu'en vertu d'un jugement, rendu contre l'association, le créancier peut saisir le patrimoine de l'association, comme constituant un patrimoine séparé qui forme le gage des créanciers sociaux (1).

Que cette séparation existe à l'égard des créanciers personnels des associés, et par rapport à ce que ceux-ci pourraient prétendre être la part de leur débiteur, ce point n'est pas douteux, puisque leur débiteur, en tant que membre d'une communauté de propriété, n'a encore aucune part individualisée qui lui appartienne. Du reste, cette solution ressort directement déjà de l'art. 719. Mais Gierke considère, et Planck l'admettait déjà en matière des sociétés (2), que, s'il existait d'autres dettes communes à tous les associés, alors même qu'elles ne résulteraient pas d'un acte passé pour l'association, et qu'il s'agisse en réalité de dettes personnelles aux associés, elles pourraient concourir sur le patrimoine social avec les dettes des créanciers sociaux. Ceux ci n'auraient donc pas, à proprement parler, de droit de préférence, à l'encontre des créanciers personnels des associés. Ce droit de préférence résulte, en fait, lorsqu'il ne s'agit plus de dettes communes à tous, de ce que la part de chacun dans l'actif social ne peut être ni déterminée ni retirée du fonds commun. Mais, si la dette pèse sur tous solidairement, pouvant être poursuivie sur tout le patrimoine de chaque associé, il est certain que toutes les parts individuelles, même indéterminées, qui constituent l'actif de l'association, se trouvent forcément comprises dans le gage commun du créan-

(1) Cf. Kohler, *loc. cit.*, p. 202-203.
(2) Pl. sur § 719-2, p. 468.

cier ; et il importe peu que l'on ne puisse préciser, en ce qui touche le bien frappé de saisie, la proportion des parts qui fussent revenues à chacun. Ce qui est certain, c'est que le créancier, ayant droit à tout ce qui appartient à chacun, a droit sur un bien appartenant à tous, même dans des proportions susceptibles de varier. Il n'y aurait donc plus de séparation de patrimoines entre créanciers communs ou solidaires des associés, de quelque cause que provienne cette solidarité ; il n'y aurait plus de droit de préférence au profit de ceux dont la créance dériverait d'une obligation n'intéressant que l'association elle-même (1). Mais la question n'est-elle pas à peu près purement théorique ? Car comment concevoir, entre membres d'une association, d'autres dettes communes que celles résultant d'un contrat ou d'un délit engageant la responsabilité contractuelle ou délictuelle de l'association ?

Quoi qu'il en soit, la question pourra sembler n'être pas absolument hors de discussion ; car, si évident que cela paraisse, peut-être n'est-il pas tout à fait certain que, s'agissant d'une dette à poursuivre sur tout ce qui appartient à tous, il n'y ait plus à considérer les parts individuelles de chacun. Ce qui fait l'un des caractères de la propriété commune, au sens de la *Gesammte Hand*, ne serait-ce pas que la part de chacun ne se fixe d'une façon irrévocable qu'à la dissolution, ou encore, à titre tout à fait exceptionnel, dans certaines sociétés dont les membres avaient le droit de se retirer en emportant leur part, lors du retrait d'un associé et par rapport à cet associé seulement ? Cela est d'évidence, puisque l'adjonction de nouveaux membres ou la retraite des anciens ne changent rien au droit individuel de chacun, qui reste uniquement un droit indéterminé sur l'ensemble. Dès lors, pour pouvoir saisir un bien de l'actif social, en vertu d'un droit individuel, existant même à l'encontre de tous les associés, encore faudrait-il pouvoir saisir individuellement la part de chacun dans ce bien lui-même, et c'est le faisceau de ces saisies individuelles qui rendrait possible la saisie unique du bien dans son entier. Ces saisies individuelles idéales sont impossibles ; la saisie unique qui en résulterait ne le sera pas davan-

(1) Gierke, 27.

tage. Ces saisies individuelles ne seraient possibles que si les associés, tous ensemble, avaient voulu disposer du bien commun, indépendamment de son affectation au but visé par l'association. Et c'est cette présomption qui, on va le voir plus au juste, n'est pas admissible, au moins en tant que présomption. N'est-il pas plus conforme à l'idée même de propriété commune, surtout en matière d'associations, et à la conception profonde qui la sépare de la copropriété au sens romain du mot, que le patrimoine tenu en commun forme un patrimoine d'affectation, lié en quelque sorte à son but, et constituant un véritable patrimoine à part, à l'encontre de tous ceux dont la créance ne se rattache pas à une opération passée en vue de ce but collectif ?

Sans doute, on a repoussé un amendement qui avait pour objet de ne permettre la saisie d'un bien commun que pour une dette de la société (1). Mais la question n'a été discutée et envisagée qu'au point de vue des sociétés ; et l'on a considéré que, si un associé individuellement ne pouvait pas disposer de sa part indépendamment des autres (art. 719), rien n'empêcherait que tous les associés, pris en commun, pussent disposer de toutes leurs parts réunies, même dans un but autre que celui pour lequel la société a été fondée, au besoin même pour l'acquittement de leurs dettes individuelles. On ajoutait qu'en matière de sociétés civiles, le point de vue était loin d'être le même que lorsqu'il s'agit de sociétés de commerce. Les pouvoirs de disposition des associés par rapport à un bien commun ne sont pas dominés ni restreints par l'affectation qui dérive du but collectif ; et en particulier, en matière de propriété commune, c'est un principe certain que, si tous disposent d'un bien, même pour une affectation très différente de celle à laquelle se trouverait consacré le patrimoine commun, cet acte de disposition reste valable. Donc ce qu'ils peuvent faire directement, les associés peuvent le faire indirectement, par voie d'engagement collectif ; et alors on devait présumer que tout engagement collectif impliquerait cette volonté, de la part de chacun, de disposer du patrimoine social, sauf à le détourner de son affectation. Ainsi s'explique l'art. 736 C. pr. civ., qui permet

(1) Pr. II, 428, amend. 5 § c, et p. 434-436.

la saisie d'un objet du patrimoine social, en matière de sociétés, dès qu'il y a jugement rendu contre tous les associés, sans exiger qu'il s'agisse d'une dette sociale.

Mais cette présomption, qui peut, en effet, être vraisemblable en matière de sociétés, le serait-elle encore en matière d'associations, là où il s'agit d'un patrimoine réuni, non plus pour des intérêts privés, mais en vue d'un but général qui domine les intérêts particuliers ? Serait-il encore exact de dire que, si tous les membres de l'association se trouvent être engagés en commun sans avoir contracté au nom de l'association, et sans avoir voulu contracter au nom de l'association, il doivent être présumés, cependant, avoir voulu mettre le patrimoine de l'association au service de cet ensemble de dettes personnelles ? La négative ne résulte-t-elle pas précisément de l'opposition établie entre les deux dispositions déjà citées du Code de procédure, l'art. 735 qui permet la saisie contre l'association en vertu du jugement rendu contre l'association, et l'art. 736 qui, en matière de sociétés, n'admet de jugement collectif que celui rendu contre tous les membres en commun ? Faut-il donc poser en principe, s'il s'agit d'association, qu'un jugement rendu contre tous les membres nominalement pour une dette commune, mais non sociale, serait mis sur le même pied, en matière de saisie, qu'un jugement rendu contre l'association pour une dette de l'association, de sorte que ces deux groupes de créanciers concourraient tous ensemble ? C'est ce qui, jusqu'alors, a paru accepté par les auteurs. Mais on peut douter, pour les raisons qui viennent d'être exposées, que des protestations ne s'élèvent pas un jour ou l'autre contre cette solution.

Cette interprétation serait confirmée enfin par l'art. 213 de la loi des faillites revisée (1), lequel permet de soumettre à la faillite le patrimoine d'une association, du moment qu'elle peut être poursuivie comme telle, ce qui fait allusion à l'art. 50 C. pr. civ. ; et cette disposition vise les associations de fait. Elle ne vise pas les sociétés. C'est une nouvelle raison pour admettre une différence d'affectation entre la communauté de propriété en matière d'associations et la communauté de pro-

(1) *Konk. Ordn.*, § 213.
(1) *Cf. Bul.* p. 458.

priété en matière de sociétés ; l'unité patrimoniale est plus complète dans la première hypothèse qu'elle ne l'est dans l'autre. Il est vrai qu'en matière de capacité judiciaire, on n'a pas admis l'unité de poursuites, au point de vue actif, comme on l'avait fait au point de vue passif. L'association, qui peut être poursuivie en nom, ne peut pas agir en son nom : elle doit poursuivre au nom de ses membres collectivement. Il y a là une situation absolument anormale, dont les inconvénients sont relevés par tous les auteurs, Eck, Hachenburg, Gierke. Mais il n'y a rien là qui soit suffisant pour faire rejeter l'idée d'un patrimoine unifié par le fait de son affectation, et jouissant comme tel d'une séparation intégrale. L'idée de séparation et d'affectation n'impliquait nullement, en effet, l'idée d'une capacité judiciaire intégrale, du moins au point de vue actif ; car ce patrimoine, séparé et unifié par le fait même de son affectation, n'en appartient pas moins aux associés en commun. Pour permettre d'agir en justice au nom de l'association elle-même, il eut fallu supprimer la propriété des associés et envisager la propriété comme appartenant à une personnalité distincte, ce qui est le fait des associations personnes juridiques. Au point de vue pratique, il peut être regrettable que l'on n'ait pas admis la capacité judiciaire active des associations. Mais, de ce qu'on ne l'a pas fait, il n'y a rien là qui soit en opposition avec la conception d'une séparation de patrimoines, opposable à tous les créanciers purement personnels, eussent-ils pour débiteurs solidaires tous les associés.

V. Un autre point important est celui qui concerne le caractère anonyme de toute association. Il n'en est pas de même en général des sociétés. Mais on a déjà vu que les articles 736 et suiv. permettent d'enlever au titre d'associé son caractère personnel et de rendre la société elle-même indépendante de la retraite de quelques-uns de ses membres ou de l'adjonction de nouveaux associés. Seulement, même lorsque la retraite ou la démission est permise par les statuts, les art. 738 et suiv. maintiennent, au regard de l'associé qui se retire, certains droits et certaines obligations qui ne sont pas en rapport avec les nécessités pratiques, telles qu'elles existent

en matière d'associations. Entre autres, l'associé, qui perd son droit d'associé et, par suite, son droit éventuel au bénéfice et au partage de l'actif social, peut, cependant, d'après l'art. 738, exiger la part qui lui reviendrait dans la liquidation de la société, si celle-ci était censée se dissoudre au moment où il se sépare d'elle. Presque tous les commentateurs de cette partie du Code civil, à commencer par Planck, considèrent que ce n'est là encore qu'une de ces règles que le droit allemand regarde comme purement dispositives, qui ne disposent, par conséquent, qu'à défaut de clause contraire expresse. Ce ne serait pas une règle impérative de la loi ; et, de fait, rien dans le texte ne marque qu'il s'agisse d'un ordre formel et absolu du législateur.

Pour raisonner autrement, il faudrait considérer, peut-être, que l'art. 736, autorisant la clause statutaire qui déclare la société maintenue en dépit de la retraite d'un associé, de même que les dispositions qui les suivent, fixeraient les conditions sous lesquelles ce droit de retrait se trouverait licite ; de telle sorte que la dérogation visée par l'art. 736 ne pourrait être introduite dans les statuts que sous réserve du maintien intégral de l'art. 738. Mais le point de départ du raisonnement serait tout à fait inexact. Il consisterait à croire qu'il y eut en matière de sociétés une conception impérative de la loi, qui serait l'idée de personnalité dans les rapports entre associés, et que, par suite, toute mise à l'écart de ce droit commun des sociétés constituât une exception que l'on dût interpréter restrictivement et n'accepter que sous les conditions fixées par la loi. Tel n'est pas le système du Code civil allemand en matière de sociétés. Le Code civil a prévu deux types de sociétés, mais sans prétendre faire de l'un par rapport à l'autre, le système normal préféré par la loi et constituant, ou devant constituer, le droit commun en matière de sociétés. De ces deux types, l'un est la société à caractère personnel, et l'autre est la société à caractère anonyme. Or, pour chacun de ces deux types, la loi a dû prévoir les règles dispositives qui constitueraient, pour chacun d'eux le droit commun, destiné à s'appliquer à défaut de clauses contraires. Les dispositions qui suivent l'article 736 sont, purement et simplement, la réglementation légale de la

société à caractère impersonnel, pour le cas où les statuts n'auraient pas fait eux-mêmes cette réglementation. Il n'y a pas de raison pour qu'à défaut de mention expresse dans la loi elles aient le caractère impératif, pas plus que ne sauraient l'avoir, à elles seules, les dispositions réglementaires qui, dans les articles précédents, avaient établi la constitution légale des sociétés à caractère personnel. Or, rien n'indique que la loi ait voulu faire de l'art. 738 une disposition d'un caractère différent de celles qu'elle admet à titre de règles purement dispositives en matière de sociétés.

Tel n'est pas, cependant, l'avis de Leist, dans une étude importante parue en 1899 (1). Il se fonde surtout sur un motif d'ordre public, et croit que la disposition de l'art. 738 serait, en effet, d'ordre public. Il considère que, sans le système de garanties individuelles établi par l'art. 738, l'association, même dénuée de personnalité, acquerrait un caractère de souveraineté, qui ne peut et ne doit appartenir qu'aux entités corporatives, admises par la loi comme personnes juridiques. Il suffirait, en effet, surtout s'il s'agit d'associations politiques ou religieuses, que la majorité acceptât une orientation opposée aux tendances d'une partie des membres de l'association pour obliger, au moins moralement, ceux-ci à se retirer sans compensation, et pour faire acquérir ainsi aux membres qui subsistent les parts des démissionnaires. Mais, ne pourrait-on pas répondre qu'il est invraisemblable qu'une association qui n'ait pas de caractère économique ou pécuniaire ait intérêt à réduire le nombre de ses membres, surtout lorsqu'il s'agit d'associés payant une cotisation, et que ce sont, au contraire, les coalitions individuelles qui, avec le maintien de l'art. 738, pourraient devenir très menaçantes pour l'association? Il suffirait, en effet, qu'un groupe relativement important se retirât en masse, pour que l'association, par l'obligation où elle serait de remettre à chacun l'équivalent de sa part dans l'actif, se trouvât dans l'impossibilité de vivre et acculée à la dissolution forcée, en contradiction avec les règles statutaires que permet l'art. 736. Il n'est pas possible, si l'on prévoit que la mise en œuvre du droit de liquidation individuelle de l'article

(1) *Cf.* sur tous ces points principalement Gierke, *loc. cit.*, 24-25.

738 puisse faire échec aux conventions statutaires admises par l'art. 736, qu'il soit interdit, par avance, de prendre des précautions contre cette sorte de contradiction légale (1).

Il va de soi, lorsque l'associé se retire, que sa part, d'après les termes mêmes de l'art. 738, accroît aux autres, sans qu'il y ait de transfert proprement dit. L'idée de transfert impliquerait déjà, par elle-même, qu'il y eut une part individuelle correspondant au droit de chaque associé ; et cette individualisation des parts serait en contradiction avec le principe de la communauté de propriété. Ce serait revenir à l'idée de la copropriété, que l'on a exclue.

Mais, on a pu soutenir, à l'inverse, que, lorsque la société accepte un nouveau membre, pour que celui-ci acquière sa part dans les droits constituant le patrimoine commun, il faudrait un véritable transfert, du chef des membres actuels de l'association, ou tout au moins accompli en leur nom par les gérants. Ce transfert devrait donc porter individuellement sur chacun des biens, et se faire par les modes d'aliénation admis pour chacun de ces biens suivant sa nature propre (2). Il est vrai que Planck reconnaît que, pour tout ce qui concerne les créances dépendant de l'actif commun, du moment que la cession peut en être effectuée par le simple fait du contrat (art. 398), le transfert s'opérerait par le contrat d'adhésion ou d'acceptation par lequel la société s'agrège un nouveau membre, et qu'enfin il en serait de même pour ce qui est des droits de propriété relatifs aux choses mobilières, par application des art. 930 et 931. En tant qu'il s'agirait de choses dont la société eût la possession, le transfert de la part afférente au nouvel associé se réaliserait par voie de constitut possessoire (art. 930) ; et, si la chose était possédée par un tiers, le transfert porterait sur l'action en revendication qui s'y réfère et s'opérerait conformément à l'art. 931. Restent donc les droits susceptibles d'inscription aux livres fonciers, pour lesquels il faudrait un transfert individuel, par voie d'inscription du nom du nouvel associé parmi les copropriétaires de l'immeuble.

Mais cette théorie, en tant que théorie, est inacceptable.

(1) Leist, *Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit in heutigen Reichsrecht.*
(2) *Cf.* Pl. sur § 54, p. 104 et sur § 736. p. 480.

Gierke vient d'en présenter une réfutation péremptoire (1). Aucun membre n'a encore une part individuelle qui lui appartienne et dont il puisse disposer, l'art. 719 le dit formellement. Il faudrait donc supposer que ce qu'il aliène, ce serait cette part indéterminée portant sur l'immeuble et qui constitue, pour chaque associé, la caractéristique de la propriété commune. Mais, si elle est indéterminée, comment comprendre qu'il en aliène une fraction seulement, pour constituer la part du nouvel associé, fraction qui ne peut être fixée, elle-même, que conformément à la proportion à laquelle doive s'élever le droit individuel de celui au profit de qui le transfert serait réalisé. Or, cette proportion n'existe pas encore. Personne, pas plus celui qui entre que les associés qui soient déjà membres de la société, n'a droit à une quote-part actuellement déterminée. Toute individualisation de ce genre se trouve exclue, tant que n'intervient pas la liquidation de l'actif, de telle sorte que, pour pouvoir réaliser cette aliénation fictive, telle que Planck l'exige, il a fallu admettre une nouvelle fiction, conforme à celle de l'art. 738, celle d'une dissolution supposée de l'ancienne société, en vue de la constitution d'une société nouvelle contractée avec le nouvel associé ; ce qui permettrait alors une sorte de liquidation fictive des parts individuelles, comme dans l'exemple de l'art. 738, avec aliénation immédiate de ces parts individuelles pour la constitution d'une nouvelle masse patrimoniale, qui serait l'actif de la société nouvelle. Et c'est en effet la construction juridique qui semble généralement adoptée, non seulement par Planck, sur l'art. 736, mais par Cosack (2) et également par Hölder (3). Qui ne voit tout ce qu'il y a d'artificiel dans une analyse de ce genre, absolument en contradiction avec les intentions des intéressés et avec la réalité des faits ? Elle ne saurait avoir d'autre base que le retour à la conception romaine d'une société à caractère strictement personnel, avec patrimoine de copropriété, conception qui a été exclue, et par l'art. 736, qui permet de rejeter l'idée de personnalité, et par l'art. 718, qui, à la place de l'idée romaine de société, substi-

(1) *Loc. cit.*, p. 18-22.
(2) P. 367.
(3) P. 169-170.

tue la forme de la société coutumière du droit germanique, qui était celle également de notre ancien droit français, et qu'il faut interpréter, non plus d'après le droit romain, mais d'après les réalités coutumières, telles qu'elles dérivent de l'histoire et des constatations de la vie. Aussi, cette idée qu'à chacun des nouveaux membres qui entrent dans l'association, l'ancienne société se trouverait dissoute, pour qu'il y eût constitution d'un pacte nouveau, de telle sorte qu'il se formât autant de sociétés successives qu'il y aurait d'adhésions nouvelles, est bien ce qu'il y a de plus invraisemblable au monde et de plus inacceptable.

La véritable théorie est celle qui consiste à dire que, de même que la retraite d'un membre supprime une part, de même l'adjonction d'un nouvel associé crée une part nouvelle. Il ne s'agit pas d'un transfert mais d'une question de répartition ; il s'agit de la fixation du nombre des parts, question laissée en suspens et soumise à toutes les variations, tant que ne s'ouvre pas la liquidation.

Il est vrai qu'il y a un point au sujet duquel l'application pratique de ce changement de conception ne pourra se réaliser que d'une façon tout à fait insuffisante ; et c'est précisément celui qui met le plus vivement en jeu l'intérêt immédiat de toutes ces discussions. C'est lorsqu'il s'agit de droits immobiliers inscrits aux livres fonciers, puisque c'est en cette matière que porte surtout la différence entre les associations douées de personnalité et les autres. Les premières seules peuvent être inscrites en nom ; les autres ne peuvent l'être que par l'énumération des noms de leurs membres, propriétaires collectifs de l'immeuble. Il en résultera que, tout en admettant qu'il se crée une nouvelle part au profit de tout associé nouveau même quant aux immeubles immatriculés, et cela sans qu'il soit besoin d'un transfert au sens exact du mot, cependant, tant que le nouvel associé n'est pas inscrit au nombre des propriétaires communs de l'immeuble, seule l'inscription antérieure pourra faire foi à l'égard des tiers. C'est comme si le nouvel associé n'avait aucune part de propriété dans l'immeuble. N'est-ce pas la solution à laquelle aboutirait le système de Planck ? Et alors qu'importent toutes ces discussions purement doctrinales ? Pas tout à fait cependant. Car, dans la théorie de Gierke,

telle qu'elle vient d'être exposée (1), tous les ayants droit peuvent demander une rectification du livre foncier, conformément aux art. 894 et suiv., tandis que, d'après le système de Planck, le nouvel associé ne pourrait devenir un ayant droit par rapport à l'immeuble que par un véritable transfert, c'est-à-dire par la cession judiciaire de la part qui lui revient, cession faite conformément à l'art. 925. Il est vrai aussi que, même dans la théorie de Gierke, tant que la rectification n'est pas opérée, l'inscription au registre est seule à faire foi vis-à-vis des tiers, de telle sorte que, à l'égard de ces derniers, les seuls propriétaires inscrits seront les associés inscrits. Mais ceci ne change rien à la réalité du droit et ne modifie en rien le fond de la théorie elle-même.

VI. Il faut donc, pour en terminer, rappeler, en les groupant, les seuls points au sujet desquels les différences pratiques entre les deux catégories d'associations vont rester irréductibles, ou tout au moins les principaux. Avant tout, ce sera la responsabilité personnelle des gérants, et même responsabilité solidaire pour les actes passés en commun, le défaut de capacité judiciaire active et la nécessité d'une inscription collective aux livres fonciers. C'est évidemment là, pour les associations dont les membres sont nombreux et changent perpétuellement, que sera la plus grosse difficulté, puisqu'il faudrait pour chaque membre qui entre ou qui sort une rectification du registre ; et l'on voit quelles en seraient les complications. Il est donc très possible que, pour éviter toutes ces difficultés, on inscrive l'immeuble uniquement au nom des gérants. Il est vrai qu'il pourrait y avoir ce danger de laisser croire qu'il s'agît de copropriété et non de propriété commune, ce qui, en vertu de la foi due aux registres, donnerait droit à chacun des propriétaires inscrits à une part individuelle, aliénable et transmissible. Mais il suffira, pour parer au danger, d'inscrire ces copropriétaires fictifs comme propriétaires en main commune en vertu de l'art. 718 du Code civil. Il n'y aurait plus alors de rectification à faire qu'à chaque changement survenu parmi les gérants et administrateurs, ce qui diminuerait déjà considérablement

(1) Gierke, *loc. cit.*, 21.

l'ensemble des formalités. Et, lors de la liquidation finale, il n'y aurait plus, en vertu du droit de rectification de l'art. 894, qu'à faire inscrire tous les associés existant à ce moment, devenus les ayants droit, comme propriétaires collectifs de l'immeuble. Le danger serait toujours, sans doute, que les gérants vinssent à aliéner en dehors des pouvoirs qui leur eussent été conférés, aliénation qui serait valable à l'égard des tiers, du moment qu'elle proviendrait des propriétaires seuls inscrits au registre. Mais, il faut reconnaître que ces irrégularités seront assez peu à craindre ; et il faut bien, en somme, qu'il subsiste, en ce qui touche les associations dénuées de personnalité, une certaine infériorité de situation par rapport aux autres. Rien n'est plus conforme aux exigences de la pratique que le fait que cette infériorité doive se manifester surtout en ce qui concerne la possession d'un patrimoine immobilier.

2. — *Des associations enregistrées*

Art. 55. — L'enregistrement, par voie d'inscription au registre des associations, d'une association rentrant dans les conditions de l'art. 21 se fait auprès du tribunal de bailliage dans le ressort duquel l'association a son siège.

Art. 56. — Il est interdit de procéder à l'enregistrement tant que le nombre des membres de l'association reste inférieur à sept.

Il y a lieu dans l'art. 56 (1), comme dans la plupart des textes analogues, de trouver un équivalent pour rendre l'expression « *soll* », à laquelle on a entendu attacher une valeur technique, répondant à ce que nous appellerions une disposition simplement prohibitive (cf. art. 60), simple condition de recevabilité, comme dit fort bien Meulenaere sur l'article 56 et suiv. (2). C'est ainsi qu'il est interdit de procéder à l'inscription dans les conditions visées par l'art. 56 ; mais, si, bien que le nombre des associés soit inférieur à sept, l'inscription a été reçue, l'enregistrement n'est pas nul et l'association acquiert la capacité. Cette limitation vient de ce qu'une association réduite à un nombre infime perd son

(1) Voici, en effet, quel est le texte : « *Die Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Zahl der Milglieder mindestens Sieben beträgt* ».

(2) *Cf.* Pl., I, p. 26.

caractère d'association. Mais, si c'est après coup que le nombre des associés tombe au-dessous de sept, il n'y a pas, par le fait même, perte de la capacité, sauf s'il se réduisait à trois (art. 73). Et, quant à l'observation de la prescription de l'art. 56, elle se trouve facilitée par ce fait que, pour l'enregistrement, il faut la signature d'au moins sept membres parmi les associés (1).

Art. 57. — Les statuts doivent contenir le but, le nom et le siège de l'association, et porter, en outre, qu'elle est destinée à être inscrite.

Il doit être exigé que le nom se distingue clairement des dénominations attribuées aux associations inscrites qui existent dans le même lieu ou dans la même commune.

Les deux alinéas de l'art. 57 fournissent un exemple de l'opposition de terminologie établie entre les expressions « *muss* » et « *soll* ». Dans le premier, il s'agit d'une prescription imposée à peine de nullité ; dans le second, d'une exigence dont on fait un devoir aux officiers judiciaires chargés de l'enregistrement, sans que la sanction, s'il y a été contrevenu, soit la nullité de l'inscription (2). On s'est demandé, lorsque l'inscription est irrégulière et l'attribution de capacité annulée de ce chef, si, à l'égard des tiers, il n'y aurait pas lieu de considérer l'association comme ayant joui de la personnalité, tant que l'inscription n'a pas été effacée sur le registre : la question reste soumise à controverse. Bien entendu la disposition de l'art 57, comme celle de l'art. 59, implique que les statuts soient rédigés par écrit. Mais la loi ne fait pas de la forme écrite une forme solennelle, telle que, si elle fait défaut, on puisse faire annuler de ce chef l'enregistrement, de même qu'il n'y aurait pas lieu à l'application des art. 125 et 126 (3).

Art. 58. — Il doit être exigé (4) que les statuts contiennent des dispositions relatives :

1° Aux conditions d'entrée et de sortie des membres ;

2° Au point de savoir si ces derniers auront une cotisation à payer et qu'elle en serait la quotité ;

(1) Art. 59, *cf*, Pl., § 56, p. 106 et Pr., I, p. 554.

(2) § 57 : « *Die Stazung muss den Zweck... enthalten. Der Name soll sich von den Namen... unterscheiden* ».

(3) *Pr.*, p. 555-556.

(4) Sur la valeur technique de l'expression par laquelle débute l'art 58, voir le commentaire de l'art. 57.

3° A la formation de la Direction ;

4° Aux conditions requises pour que l'Assemblée générale soit convoquée, à la forme de la convocation et aux moyens de donner l'authenticité aux décisions prises par l'Assemblée.

Si l'inscription avait eu lieu sans que les statuts contiennent aucune indication sur tous les points indiqués dans le texte' on appliquerait, pour tout ce qui est de la Direction, les art. 26, 27 et 29, et en ce qui concerne les convocations de l'Assemblée, les art. 36 et 37. Pour ce qui est de la preuve des décisions prises par l'Assemblée générale, on appliquerait les principes du droit commun (1).

Art. 59. — La Direction doit requérir l'enregistrement de l'association. A la demande doivent être joints :

1° Les statuts en original et en copie ;

2° Une copie des pièces relatives à la constitution de la Direction.

Il devra être exigé que les statuts soient signés de sept membres au moins et qu'ils contiennent l'indication du jour où les statuts ont été dressés (2).

Rédaction de l'art. 56 P^3 reproduite par l'article 56 P^4. Le dernier alinéa, ajouté après coup par la seconde commission, émane de la commission de rédaction (3). De plus, la seconde commission, malgré une certaine opposition (4), avait exigé, en outre (art. 57 P^3) que l'on déposât la liste des membres. On considérait que l'administration avait le droit de connaître dans quel milieu ou dans quel parti se recrutaient les premiers associés, ne serait-ce que pour la mettre à même d'exercer les droits que lui confière l'art. 61. Mais la commission du Reichstag revint aux idées émises par la minorité devant la seconde commission et supprima cette exigence, d'autant plus que l'art. 72 permettra toujours à tout instant au tribunal chargé de l'enregistrement de se faire communiquer la liste des associés (5).

Art. 60. — La requête à fin d'enregistrement, lorsqu'il n'a pas été satisfait aux dispositions des art. 56 à 59, doit être rejetée par le tribunal de bailliage avec indication des motifs.

(1) *Cf.* Pl. 57, p. 106.
(2 *Cf.* Pl. § 58. p. 106-107.
(3) Mugdan, I, p. 646.
(4) Pr., p. 557.
(5) Ber., p. 14.

Contre une décision de rejet le recours est admis, pourvu qu'il soit immédiat, conformément aux dispositions du Code de procédure.

On reconnaît généralement que l'art. 60 n'a pas entendu donner une énumération limitative des causes pour lesquelles le tribunal pût être autorisé à rejeter la requête (1). Il a visé les prescriptions qui venaient d'être établies, en vue d'en indiquer la sanction, au moins la plus immédiate, la seule en tous cas qui pût s'appliquer aux dispositions qui ne seraient que des conditions de recevabilité (2). Mais, il est admis (3) que le tribunal pourrait, en outre, rejeter la demande en se fondant sur les règles du droit commun, et en particulier sur celles relatives au droit d'association, tel qu'il est fixé par la législation de chaque Etat, ou encore en se fondant sur les articles **134** et **138** (4). Car le tribunal joue le rôle de juge et doit s'opposer à toute violation de la loi. On avait même demandé devant la seconde commission (5) que ce tribunal fût seul juge de la question de savoir si l'association était ou non licite ; l'opinion qui l'emporta fut de permettre à l'administration de faire opposition de ce chef (art. **61**). Mais il n'en résulte pas qu'on eût voulu réserver cette question uniquement à l'administration, à l'exclusion des tribunaux de droit commun. Seulement, pour que le tribunal puisse rejeter la demande de ce chef, il faut qu'il y ait une violation positive de la loi. Si donc l'association se trouvait dans des conditions telles que, selon le droit public de l'État, elle pût être interdite par l'administration, à sa libre appréciation, le tribunal ne pourrait pas, en exerçant ce droit d'appréciation, s'opposer à la requête. Bien entendu il aurait droit de refuser l'enregistrement, s'il s'agissait d'association soumise au régime de la concession (art. **22**), ou encore de société religieuse qui ne puisse acquérir la personnalité que par une loi de l'État (6).

Les règles relatives au pourvoi immédiat dont parle le

(1) Pl., § 60 ; Eck. p. 71, *Cf.* cependant Cosack, p. 97.

(2) Notes sur art. 56 et 57,

(3) *Cf.* Pl. § 60, p. 107 et Pr., p. 562.

(4) Pour l'explication de ces deux textes, voir Saleilles, *De la Déclaration de volonté* (Paris, 1901), art. 134 et art. 138.

(5) Cf. *Bul.* **1899**, p. 270.

(6) Art. 84, L. intr. *Cf.* Pl. § 60, p. 100.

texte se trouvent au Code de procédure, art. 540 ; l'article 60 y renvoie purement et simplement.

Art. 61. — Lorsque la requête est admise, le tribunal cantonal doit la communiquer à l'autorité administrative compétente.

L'autorité administrative peut faire opposition à l'enregistrement, lorsque l'association, d'après le droit public en matière d'association, est illicite ou se trouve dans les conditions pour pouvoir être interdite, ou lorsqu'elle poursuit un but politique, un but de politique sociale, ou un but religieux.

L'art. 57 *g* de l'avant-projet C (1) déclarait que la communication prescrite par le premier alinéa de l'art. 61 devait suivre immédiatement ; ce qui a été supprimé comme inutile (2) ; cette obligation de diligence rentrant parmi les devoirs professionnels de la fonction (3).

I. L'historique de la disposition de l'art. 61 a déjà été sommairement exposé en note sur l'art. 21 (4). Cette solution est le résultat d'un compromis entre les partisans de la liberté intégrale en matière d'associations, qui voulaient établir sur ce point une séparation absolue entre le domaine du droit privé et le domaine du droit public, demandant, par suite (5), que l'autorité judiciaire fût seule juge des conditions de régularité de l'association, et les partisans du droit d'intervention de l'Etat, qui auraient voulu faire dépendre entièrement le droit d'enregistrement d'une autorisation administrative (6). Par voie de transaction (7), l'intervention administrative ne fut admise que sous forme d'opposition à l'enregistrement, laquelle devra s'exercer dans le délai de l'art. 63. Et, d'autre part, cette opposition ne peut intervenir que sur un double fondement : soit pour certaines causes spécifiées, conformément à une disposition légale ; soit, sans aucune cause positive, contre certaines associations déterminées par leur caractère (8). Les causes pour lesquelles l'opposition est

(1) Pr. p. 486.
(2) Pr. p. 559.
(3) *Cf.* Pl., § 61, 1° p. 108.
(4) Voir surtout Bul., 1899, p. 268 suiv.
(5) Avant-projet B, § 42, Pr. p. 480, p. 560.
(6) Note sur art. 21 et Bull., *loc. cit.*
(7) Pr., p. 561 suiv.
(8) *Cf.* Eck, p. 72.

admise de la part de l'administration, quel que soit le caractère de l'association, se rattachent à l'application du droit public en matière d'associations. Il faut que l'association, par son but, ses caractères ou sa constitution, se trouve exister en violation d'une disposition ou d'un principe du droit public, ou encore que, selon le droit public, elle soit dans les conditions qui permettraient à l'administration de l'interdire. Celle-ci se fonde sur le droit public, qu'elle a, en effet, mission d'appliquer et de faire respecter ; elle ne pourrait donc pas former opposition pour violation d'une disposition légale qui ne toucherait qu'aux conditions de droit privé sur l'acquisition de la personnalité, sans rentrer pour cela dans le droit d'association, tel qu'il est réglé par le droit public de l'Etat; par exemple, s'il s'agissait de contravention aux art. 56 et suiv., ou encore aux art. 21 et 22, en ce sens que l'autorité judiciaire se serait méprise sur le caractère économique de l'association et qu'elle l'eût fait rentrer à tort parmi les associations à but idéal : ce sont des questions dont l'appréciation n'appartient qu'au tribunal chargé de l'enregistrement (1). Un amendement en sens contraire fut d'ailleurs formellement repoussé par la commission du Reichstag (2). Donc, sur le fondement du droit public, la possibilité d'une opposition administrative se présente dans deux hypothèses : lorsqu'il y a irrégularité au point de vue de la loi, et par suite violation d'un principe ou d'une disposition du droit public, ce qui doit s'entendre du droit public de chaque Etat en matière d'associations, auquel cas cette opposition n'est que le prélude ou la conséquence d'une interdiction ou d'une dissolution forcée de l'association ; et, en second lieu, lorsque celle-ci, sans être dans les conditions où elle doive être prohibée, se trouve dans des conditions telles qu'elle puisse l'être : donc lorsque la possibilité d'une interdiction se trouverait exister pour l'administration, sans qu'il y eût pour cela obligation de la prononcer. Cette situation intermédiaire a été prévue par la seconde commission et ajoutée à la rédaction initiale du § 57 *h* de l'avant-projet (3). Elle vise la part faite dans chaque Etat à l'appréciation administrative, en ce qui

(1) Eck, p. 73 et suiv.
(2) *Ber*, p. 15.
(3) Pr. p. 560 et p. 562.

touche le droit à l'existence pour les associations, et elle varie pour chaque Etat. C'est ainsi par exemple que, dans le Wurtemberg, comme le remarque Eck (1), l'administration n'ayant jamais le droit de dissoudre une association sur sa seule appréciation, la possibilité ici visée par cet alinéa de l'art. 61, se trouvera sans application, tandis qu'en Alsace-Lorraine elle s'appliquerait à toutes les associations dans tous les cas, puisque le droit de dissolution existe sur la seule appréciation des autorités administratives. Dans d'autres Etats ce droit d'appréciation est subordonné à certaines conditions préalables (*cf.* art. 41). Mais ici, bien entendu, et en qui concerne la question qui nous occupe, l'administration, d'après l'art. 61, peut s'opposer uniquement à l'obtention de la personnalité, sans être obligée de dissoudre l'association, puisque sur ce point elle est libre d'agir à son gré. Elle peut juger que le maintien de l'association, en tant qu'association de fait, est sans danger, alors que le surcroît de vitalité et de puissance qu'elle retirerait de la personnalité pourrait offrir de graves inconvénients (2). Il est vrai que cette distinction ne présentera guère d'application dans la réalité, vue la situation faite aux associations dénuées de capacité (note sur art. 54).

Il faut remarquer, d'ailleurs, que cette première catégorie de dispositions concorde avec les pouvoirs accordés à l'administration au sujet du retrait de capacité. Elle ne peut enlever la capacité que sur le fondement d'un fait illicite ; de même elle ne peut s'opposer à l'obtention de la capacité, en principe, que sur le fondement d'un fait de ce genre (art. 43). De même, également le droit d'opposition existe-t-il dans les cas où, d'après le droit de l'Etat, l'administration aurait le droit d'interdiction, et par suite le droit de dissolution. On avait proposé, devant la Commission du Reichstag, d'accorder enfin, d'une façon générale, pour tout l'Empire, et indépendamment des lois d'Etats sur ce point, le droit d'opposition dans tous les cas où, d'une façon générale, le but de l'association irait contre une prohibition légale ou contre les bonnes mœurs. Mais cette for-

(1) P. 66 et p. 72.
(2) *Cf.* Pl. § 61, 2° p. 108.

mule a paru trop large ; elle a été rejetée pour les mêmes motifs qui avaient fait repousser une formule analogue, en ce qui concerne le retrait de capacité (1).

II. L'autre catégorie de causes susceptibles de légitimer le droit d'opposition se tire du caractère de l'association, ou de certains buts déterminés par la loi, alors même que l'association par elle-même ne présenterait aucune irrégularité et serait parfaitement licite. Cela revient à dire que, pour certaines associations déterminées, l'administration a toujours le droit de s'opposer à l'acquisition de la personnalité, alors même que, d'après le droit public de l'Etat, elle ne pourrait pas, de ce seul chef, la dissoudre à son gré. Ce sont celles qui poursuivent un but politique ou religieux, et l'on a ajouté un but de politique sociale, sans admettre toutefois les autres additions proposées par le Bundesrath (2). Il faut remarquer, pour ce qui est des caractères indiqués, qu'il ne suffirait pas que l'objet de l'association touchât à la politique ou à la religion, ou servît indirectement des intérêts de ce genre: différents amendements conçus dans ces termes ont, en effet, été repoussés (3). Il faut que la politique ou la religion soit le but immédiat et direct, poursuivi par l'association, et que ce but résulte des statuts ; car le juge, qui n'a pas, comme le remarque Endemann, à s'inspirer des circonstances politiques ambiantes, comme le ferait un administrateur, ne peut définir le but que d'après les statuts (4). Il y a toutefois une différence importante, reconnue par les auteurs, entre les associations de caractère politique et celles de caractère religieux ; et elle se tire de la conception que l'on a entendu se faire du caractère politique, lequel implique une action de nature à se traduire à l'extérieur par un changement politique. C'est ainsi que des sociétés ayant pour objet l'étude purement scientifique de la politique n'auraient plus le caractère politique ; tandis que, pour les sociétés religieuses, comme l'expression n'implique, par elle-même,

(1) *Ber*, p. 15 et *Cf.* note sur art. 43.

(2) *Cf.* note sur art. 21 dans Bull. *loc. cit.* Cf. art. 58 P^1, modifié par la Commission du Reichstag (*Ber.*, p. 16-17).

(3) Pr. 2, p. 560 et *Cf.* art. 58 P^5; Pl., p. 108.

(4) *Cf.* Endem. § 46 : note 7, p. 211.

aucune action extérieure, il suffirait que les membres qui les composent fussent réunis en vue d'un but religieux, sans chercher à agir sur la politique ou par la politique (1) ; et encore il faut rappeler la réserve admise par l'art. 84 L. Int (2).

Enfin, il faut également reconnaître, comme l'observe Hölder (p. 178), que, par but religieux, on a voulu entendre non seulement le fait pour une association de chercher à donner satisfaction aux besoins religieux de ses membres, mais le seul fait de toucher au domaine de la religion, dans un sens ou dans l'autre ; de telle sorte qu'une société fondée dans un but antireligieux, pour combattre la religion ou une secte confessionnelle en particulier, serait encore une association religieuse au sens de la loi.

Toutefois, on est moins d'accord sur l'application de cette distinction aux associations poursuivant un but de politique sociale ; et c'est sur ce point (3) que les interprétations larges et arbitraires sont le plus à craindre. Eck et Planck (*loc. cit.*) considèrent que, pour mériter le caractère de *Sociale-politique,* il ne suffit pas qu'une association s'occupe de questions sociales, qu'il faut, à la différence de ce qui est admis pour les associations religieuses, qu'elle poursuive un but se traduisant par un résultat extérieur ; mais de plus qu'il faudrait que ce but extérieur se poursuivît par des moyens politiques, c'est-à-dire qu'il visât un changement de législation en matière politique, ou une modification dans les affaires publiques. Endemann, au contraire, tout en exigeant encore un résultat extérieur, se contente d'un résultat purement social, pourvu qu'il dût être obtenu par voie législative ; et l'intérêt pratique de la controverse se manifestera surtout à propos des associations ouvrières. Si elles ont pour but l'amélioration du sort des travailleurs uniquemement par l'action privée, telle que constructions de logements plus salubres, ou clauses plus avantageuses à introduire dans les formules des contrats de travail, il s'agirait, d'après la première interprétation, d'un but purement social, lequel ne rentrerait pas sous l'empire de l'art. 61, tandis que, d'après la seconde, il fau-

(1) Pl. § 61, p. 109, Eck., p. 73.
(2) *Cf.* Pr., p. 564.
(3) *Cf.* note sur 21, dans Bul., *loc. cit.*

drait admettre que le caractère de politique sociale se trouvât exister ; et l'on devrait alors appliquer l'art. 61 (1). On voit à quels dangers et à quel arbitraire cette formule pourra prêter.

D'autre part, en dehors de tout point de vue relatif aux moyens d'action extérieure, il importerait encore de définir le but de politique sociale en lui-même ; et il est peu probable qu'il faille l'entendre du simple fait de vouloir améliorer l'état social ou les conditions sociales en général. Hölder remarque avec raison que l'idée de politique, appliquée à la conception d'un but social, implique moins peut-être l'extériorité d'une action politique, comme on a vu que certains auteurs voulaient l'exiger, que certaines préoccupations d'intérêts ou de luttes de classes, à l'encontre les unes des autres. Une ligue antialcoolique serait une association de caractère social, puisqu'elle tendrait à l'amélioration des conditions sociales. Elle ne viserait cependant pas un but de politique sociale, au sens de l'art. 61. Mais, toute association ayant pour objet un changement de condition sociale, pour une classe en particulier, ou, ce qui est le point de vue corrélatif, le maintien des conditions et privilèges de classes d'un groupe social par rapport aux autres, serait au contraire une association poursuivant un but de politique sociale (2).

En tous cas, on voit qu'ici la corrélation n'existe plus avec l'art. 43 ; car une association de ce genre, qui aurait échappé au droit d'opposition de l'administration ne pourrait plus être privée, sur la seule appréciation administrative, de la capacité civile ; et de même Endemann fait observer (3) que la recherche du caractère politique, en vue du retrait de capacité dans l'hypothèse de l'art. 43, § 3, doit se tirer des circonstances réelles, et non plus seulement des indications des statuts, comme lorsqu'il s'agit du droit d'opposition : la chose est évidente.

Art. 62. — Si l'autorité administrative fait opposition, le tribunal de bailliage transmettra l'opposition à la Direction.

L'opposition peut être combattue par la voie du contentieux administratif ou, lorsqu'une procédure de ce genre fait défaut, par la voie du recours prévu par les art. 20 et 21 de la loi sur l'organisation de l'industrie.

(1) Endem. § 46, note 7, p. 21.
(2) Hölder, p. 177-178.
(3) *Loc. cit.*

Sur tous ces points, il y a lieu de s'en référer, pour les détails et formalités, aux législations d'Etats ; quant au recours prévu pour le cas où la législation de l'Etat n'organiserait pas de contentieux administratif, voir la note sur l'art. **44** (1); et sur la question de principe, en ce qui concerne l'application d'une véritable procédure contentieuse en matière administrative, voir la note sur l'art. **21**.

Art. 63. — Tant que l'autorité administrative n'a pas informé le tribunal qu'aucune opposition ne serait élevée, il est interdit de procéder à l'enregistrement avant qu'un délai de six semaines se soit écoulé depuis communication de la requête à l'autorité administrative, et à condition qu'aucune opposition n'ait été formée, ou, dans le cas contraire, avant que l'opposition ait été levée par décision devenue définitive.

Si donc il s'est écoulé six semaines sans opposition, il y a, pour ce qui est de l'administration, forclusion de son droit, et l'enregistrement peut avoir lieu valablement. Si, à l'inverse, l'enregistrement a été opéré avant les six semaines, il n'est pas nul *ipso facto*, de nullité absolue, mais peut être attaqué et annulé d'après les principes généraux admis en pareille matière. Cela résulte de la valeur technique de l'expression « *darf nicht* » (2) du texte.

Art. 64. — Dans l'inscription sur le registre, il y aura lieu de comprendre le nom et le siège de l'association, la date de la constitution des statuts de même que les membres de la Direction. Les dispositions qui viendraient restreindre les pouvoirs de la Direction ou établiraient, pour les résolutions à prendre par la Direction, des règles différentes de la disposition de l'article 28 § 1, doivent également être comprises dans l'inscription.

Il s'agit là d'instructions données au tribunal chargé de l'enregistrement ; aussi ne faut-il pas en conclure que chacune de ces indications soit requise à peine de nullité (3). Il suffit pour la validité de l'enregistrement, comme dit Planck, que l'individualité de l'association soit suffisamment précisée.

Art. 65. — A partir de l'enregistrement, le nom de l'association porte en adjonction l'indication « d'Association enregistrée ».

Art. 66. — Le tribunal de bailliage doit publier l'enregistrement par insertion dans le journal chargé de ses publications.

(1) *Cf.* Pr. p. 564-565.
(2) Pl. p. 25, § 63 : « *Die Eintragung darf... erst erfolgen, wenn...* », p. 110.
(3) Pl. § 64.

L'original des statuts doit être revêtu de l'attestation que l'association a été enregistrée et être restitué. La copie doit être certifiée par le tribunal et conservée avec les autres pièces.

Ces documents peuvent être très divers, requête présentée à fin d'enregistrement, copie des pièces relatives à la constitution de la Direction (art. 59), communication à l'autorité administrative (art. 61), et au cas où il y aurait eu opposition, toutes les pièces qui s'y rapportent (art. 61-63).

Art. 67. Toute modification de la Direction, ainsi que toute nomination nouvelle d'un membre de la Direction, doit être notifiée en vue d'être inscrite. La notification doit être accompagnée d'une copie de l'acte relatif à la modification ou à la nomination dont il s'agit.

Lorsqu'il s'agit de membres de la Direction nommés par justice, l'inscription se fait d'office

On avait proposé, par voie d'amendement, devant la seconde commission, d'exiger également l'inscription par analogie du Code de commerce (A. C. C^ce^, art. 222) et d'autres lois connexes, de tout jugement rendu sur la poursuite de l'un des membres, et qui aurait pour objet d'annuler une décision de l'assemblée générale, à supposer qu'il s'agisse de décision ayant été mentionnée par voie d'inscription au registre des associations (1). Mais il fut répondu que ce jugement n'avait d'effet qu'à l'égard de la partie au profit de qui il avait été rendu, et que par suite son inscription au registre pourrait avoir l'inconvénient que l'on se méprît sur sa valeur. Aussi, l'exemple du Code de commerce, d'après lequel le jugement se trouvait avoir une autorité et des effets différents de ceux qui dussent être admis de droit commun, n'avait plus aucune portée réelle (2).

Art. 68. — Si, entre les anciens membres de la Direction et un tiers, intervient un acte juridique, et qu'il y ait eu des modifications dans le personnel de la Direction, ces modifications ne sont opposables au tiers que si, au moment où l'acte est intervenu, elles étaient enregistrées ou que le tiers les ait connues. Si elles ont été enregistrées, le tiers peut refuser d'en subir l'application, s'il ne les connaît pas et que son ignorance ne soit pas imputable à sa négligence.

L'art. 68 traite de la force probante des mentions portées au registre des associations ; et l'intérêt de la question se

(1) Pr., p. 569.
(2) Pr. p. 570 et *Cf.* Pl. p. 111.

présente pour le cas où les dispositions ayant fait l'objet des mentions initiales auraient été modifiées par décisions nouvelles des autorités compétentes, soit que ces modifications aient été elles-mêmes publiées, soient qu'elles soient restées occultes. Le point spécialement visé, en ce qui concerne les tiers, est celui relatif aux changements survenus parmi les membres de la Direction, ou encore relativement aux pouvoirs qui leur sont attribués. Si l'un des membres primitifs, mentionnés à l'inscription, vient à être changé et remplacé par un autre et qu'un tiers traite encore avec lui, l'acte, ainsi conclu par qui n'a plus qualité pour représenter l'association, sera-t-il valable, à l'égard du tiers avec lequel il a été passé? Va-t-on s'en tenir uniquement, vis-à-vis de lui, à la situation portée au registre, même si elle ne correspond plus à la réalité, ou bien s'en tiendra-t-on à la situation réelle? On aurait pu comprendre un système semblable à celui admis en droit français pour la transcription, d'après lequel on s'en tient toujours et exclusivement à l'inscription, sans admettre qu'on puisse faire valoir à l'encontre aucune fin de non-recevoir, si ce n'est au cas de collusion frauduleuse de la part des tiers. D'après ce système, le tiers qui aurait traité avec un gérant actuellement remplacé, aurait toujours dû pouvoir invoquer l'acte, si le nom du remplaçant n'eût pas encore été inscrit tandis qu'il ne l'aurait jamais pu, si mention de ce changement eût été faite. Un second système, qui semble bien être celui admis en Allemagne, en matière de livres fonciers, eût consisté à faire toujours prévaloir la situation portée au registre, sauf à admettre certaines fins de non-recevoir, tirées de la mauvaise foi du tiers intéressé, à condition d'entendre cette dernière, non seulement d'une collusion frauduleuse, comme dans le système précédent, mais du seul fait que le tiers eût connu le changement survenu. Ainsi, au cas de remplacement non porté au registre, il aurait été permis de faire la preuve que le tiers, bien que ce changement n'eût pas été inscrit, en avait eu connaissance, donc qu'il a traité sciemment avec qui n'avait plus de pouvoirs à cet effet. L'art. 68 a été plus loin encore dans cette voie ; il admet qu'une fin de non-recevoir, à l'encontre des mentions portées au registre, puisse être tirée, non seulement de la mauvaise foi du tiers, mais même de sa bonne foi ;

ce qui vise le cas où le changement survenu aurait été enregistré. Cette fois, la situation actuellement portée au registre correspondant à la situation réelle, on aurait compris qu'aucune fin de non recevoir ne fût admise au profit du tiers, même au cas d'erreur excusable, c'est-à-dire même s'il eût ignoré la rectification portée au registre. Le registre aurait donc fait foi absolue conformément à son état actuel, c'est-à-dire en tenant compte des rectifications successives, sauf le cas où l'état actuel des mentions inscrites se trouverait ne plus correspondre à la situation réelle, et serait en contradiction avec les modifications survenues, et à condition que ces dernières eussent été connues des intéressés. C'eût été un système d'authenticité ou de légitimation, au profit du registre des associations, comme pour les registres de commerce (1).

L'art. 68, en ce qui concerne le registre des associations, n'admet plus de système de légitimation à proprement parler, mais un simple système de présomption. Il restreint encore la force probante des matières portées au registre, en ce que, pour le cas de changement survenu et enregistré, il permet au même tiers qui a traité conformément aux indications initiales, sans tenir compte de la rectification, de prouver sa bonne foi, ou plutôt sa bonne foi excusable, en ce sens qu'il peut établir qu'il ignorait la rectification et que cette ignorance n'est pas due à une négligence de sa part. L'inscription, dans les deux cas, que la modification survenue ait été ou non enregistrée, ne fournit qu'une présomption légale de la bonne foi des tiers, une présomption tendant à établir que ceux-ci ont connu la situation portée au registre et n'ont connu qu'elle, mais présomption qui admet la preuve contraire. Ce sera la preuve, dans le cas de changement non enregistré, que, malgré les indications du registre, le tiers connaissait la modification survenue ; et la preuve, au cas de rectification inscrite, que le tiers, qui connaissait les indications initiales, n'est pas en faute de s'en être tenu à ces indications premières, d'avoir eu confiance dans la teneur primitive du registre et d'avoir ignoré les rectifications survenues. Cela revient à dire qu'en principe on fait prévaloir la situation vraie sur la situation

(1) *Cf.* C. C^ce art. 12 et suiv., et Staub, *Kommentar*, I, p. 99 et suiv.

résultant de l'état actuel de l'inscription au registre, sauf le cas de bonne foi excusable au profit du tiers (1). Cette bonne foi est présumée lorsque le tiers a traité conformément aux indications actuelles du registre, en dépit d'un changement survenu et non enregistré. Dans ce cas, la seule preuve admise contre lui est celle de sa mauvaise foi, donc la preuve que, malgré son occultanéité, il connaissait le changement survenu. Mais, s'il l'a ignoré, on ne peut pas prouver contre lui qu'il soit en faute de ne l'avoir pas connu ; car il ne saurait jamais y avoir faute à s'en tenir aux indications du registre. Mais, s'il y a eu rectification enregistrée, le tiers est présumé l'avoir connue, sauf à lui à prouver le contraire ; et encore dans ce cas faut-il qu'il établisse que son ignorance n'est pas imputable à faute : car il devait consulter le registre avant de contracter (2) Ce système a été emprunté, du reste, aux lois sur les coopératives et les sociétés à responsabilité limitée (3).

Enfin, Planck fait remarquer, avec raison, que, par acte juridique, dans l'art. 68, il faut comprendre, aussi bien une déclaration unilatérale à l'égard du tiers, qu'une convention passée avec lui. Ce pourrait être, par exemple, un congé, une dénonciation ou une résiliation de contrat qui lui fût adressée par l'ancien gérant (4).

ART. 69. — A l'égard des autorités administratives, la preuve que les personnes inscrites au registre sont bien réellement les membres de la Direction résultera d'une attestation donné par le tribunal de bailliage relativement aux mentions portées à l'enregistrement.

Il résulte du système exposé en note sous l'art. 68 que le registre n'est pas constitutif des pouvoirs appartenant aux gérants, mais n'établit à cet égard qu'un système de présomptions, en vue de faciliter aux tiers la preuve de leur bonne foi : il ne constitue pas, comme pour les livres fonciers, un système de légitimité, ou plutôt, s'agissant d'une attribution de pouvoirs, de légitimation. En somme, les véritables gérants

(1) *Cf.* note sur art. 69.

(2) *Cf.* toutefois art. 71 et la note, et sur l'ensemble de ce système, voir PL. § 68 p. 111, ECK. p. 69. 70, COSACK, p 104.

(3) Voir *Genossenschaftsgesetz*, loi du 1er mai 1889 art. 20 et loi du 20 avril 1892 art. 40.

(4) PL. p. 112.

ne sont pas, forcément, ceux mentionnés au registre, mais ceux régulièrement nommés par l'assemblée; et l'étendue de leurs pouvoirs résulte des termes du mandat qui leur a été donné et non des indications portées au registre. On s'en tient encore, en principe, à la situation vraie, et non forcément à la situation résultant de l'inscription. Cette dernière ne fournit qu'une présomption de sa conformité avec la situation vraie. Il en résulte que les intéressés auraient toujours dû avoir le droit de contester les indications portées au registre : un extrait de l'inscription, même certifié conforme par le tribunal, ne suffit pas, devrait-on dire, à faire foi vis-à-vis des intéressés ; ceux-ci peuvent toujours en contester, sinon la conformité avec l'original, mais la conformité avec la situation réelle, sauf à eux de faire la preuve contraire. C'est ainsi que les choses se passeront avec les tiers. Mais, pour faciliter les rapports de l'association avec l'autorité administrative, l'article 69 admet, par exception au système général de l'art. 68, qu'à l'égard des autorités administratives l'extrait du registre, certifié conforme, fait preuve complète : l'administration n'a pas à rechercher si les membres indiqués au registre sont encore ou non les membres actuels ; vis-à-vis d'elle, ce sont les seuls qui aient pouvoir pour traiter avec elle. La preuve est faite par le registre.

Art. 70. — Les dispositions de l'art. 68 s'appliquent également aux décisions qui restreignent l'étendue des pouvoirs de la Direction ou qui établissent, en ce qui concerne la validité des résolutions à prendre par elle, des conditions différentes de celles admises par l'art. 28 § 1.

Se reporter, à ce point de vue, aux explications mentionnées en note sur l'art. 68.

Art. 71. — Les modifications apportées aux statuts exigent, pour leur validité, leur inscription au registre des associations. C'est à la Direction de notifier la modification, en vue d'en requérir l'enregistrement. A la requête à fin d'inscription doit être jointe en copie et original la décision relative à la modification intervenue.

Les dispositions des art. 60 à 64 et de l'art. 66 al. 2 recevront application équivalente.

L'art. 68 avait trait à la preuve, à l'égard des tiers, des modifications apportées aux statuts, dans la mesure où il s'agirait de dispositions de nature à intéresser les tiers ; ce qui visait les

changements de gérants ou les modifications aux pouvoirs des gérants. Mais, avant de savoir à quelles conditions un changement est opposable aux tiers,ce qui touche aux questions de preuve, il s'agit de savoir si, en soi, le changement est valable, ce qui touche aux conditions de validité. Or, à côté des conditions de fond, dont il est question aux art. 32 et suiv., l'art. 71 établit une condition de forme, qui est l'enregistrement ; de sorte que l'art. 68, en déclarant qu'une modification, même non enregistrée, peut être opposable aux tiers qui auraient traité en connaissance de la modification survenue, suppose que cette dernière ne serait pas nulle, faute d'enregistrement, donc qu'elle ait été enregistrée après coup. En tous cas, cette prescription relative à l'enregistrement ne vise que les modifications apportées à celles des dispositions statutaires qui figurent à l'inscription. On devra, en outre, faire application conforme à l'enregistrement, en ce qui concerne les modifications ultérieures, des dispositions des art. 60 à 64 et de l'art. 66 § 2 ; ce qui implique qu'elle ne s'y appliqueront que dans la mesure où elles sont conciliables avec la disposition devant faire l'objet de l'inscription. Aussi n'y aura-t-il pas à transporter à cette matière ce que dit l'art. 60 de la violation possible des art. 56 à 59. Mais, le point important, à faire ressortir de cette assimilation, est l'application des dispositions relatives au droit de recours de l'administration.

Art. 72. — La Direction doit fournir à toute époque au tribunal de bailliage, sur sa demande, une liste des membres de l'association.

Art. 73. — Lorsque le nombre des membres de l'association descend au-dessous de trois, le tribunal de bailliage doit, sur requête de la Direction, ou d'office, si la requête n'intervient pas dans les trois mois, et après avoir entendu la Direction, retirer à l'association la capacité juridique. La décision doit être notifiée à l'association. Contre cette décision un pourvoi immédiat peut être formé, conformément aux prescriptions du Code de procédure.

Le retrait de capacité date du moment où la décision a acquis force de chose jugée.

Il va de soi que, si l'association se trouvait avoir perdu tous ses membres, elle eût cessé, par le fait même, d'exister ; et il faudrait appliquer à cette hypothèse tout ce qui est dit du cas de dissolution (art. 45 et suiv.). Mais la question se posait

de savoir si, sans attendre cette perte totale, une réduction à un nombre infime ne suffirait pas à faire disparaître le caractère d'association. Conformément à d'anciennes traditions romaines, on a, sur ce point, admis l'affirmative, en fixant à trois le nombre minimum des membres considérés comme indispensables au maintien de la personnalité Toutefois, lorsqu'il tombe au-dessous, la perte de la personnalité ne se produit pas de plein droit. Elle doit être prononcée par justice ; et le tribunal paraît bien n'avoir aucune liberté d'appréciation à ce sujet. Il semble qu'il n'ait qu'à constater le fait et qu'il doive prononcer le retrait de capacité Cependant, si, dans l'intervalle, le nombre des membres était devenu, à nouveau, égal ou supérieur à trois, ce retrait de capacité ne pourrait plus être prononcé ; et l'on tend même à admettre que, s'il l'avait été régulièrement, et que le nombre de trois se trouvât à nouveau exister au moment de la décision à rendre sur le pourvoi formé par la Direction, la décision de retrait devrait être cassée (1). Cette solution ressort bien, en effet, on peut le croire tout au moins, de l'alinéa final, d'après lequel la sentence, même confirmée sur pourvoi, n'a pas effet rétroactif ; de telle sorte que ce serait au moment où une décision définitive va intervenir, que l'on dût se placer pour apprécier si les conditions requises se trouvent exister.

Art. 74. — La dissolution de l'association, de même que le retrait de capacité, doivent être enregistrés, comme tels. Il n'y a pas lieu à cet enregistrement au cas d'ouverture de faillite.

Si l'association est dissoute par décision de l'Assemblée générale ou par expiration du temps fixé pour la durée de l'association, la Direction doit dénoncer le fait de la dissolution, à fin d'enregistrement. A cette dénonciation doit être jointe, dans la première hypothèse, une copie de la résolution prononçant la dissolution.

Si le retrait de capacité est prononcé sur le fondement de l'art. 43, ou si la dissolution a lieu en vertu des dispositions du droit public en matière d'association, l'enregistrement a lieu à la requête des autorités compétentes.

L'art. 74 laisse parfaitement entendre que la perte de la personnalité ne résulte pas de l'enregistrement et qu'elle doit se placer au moment même où se produit la dissolution ou le

(1) Hachenburg, p. 221 ; Eck, p. 77-78.

retrait de capacité. Il ne s'agit donc ici que d'une mesure de publicité ; aussi pourrait-on se demander, dans le cas où un tiers eût traité avec une association déjà dissoute, mais avant que la dissolution ait été rendue publique par l'enregistrement, s'il ne faudrait pas, par voie d'analogie, appliquer, à son profit, les dispositions de l'art. 68 (1). Quant à l'exception, faite d'après l'art. 74 lui-même pour le cas de faillite, ce qui, en effet, est bien une exception au principe général, puisque, d'après l'art. 42, la faillite entraîne perte de capacité, elle ne signifie pas qu'au cas de faillite il n'y ait pas lieu à enregistrement, l'art. 75 dit le contraire, mais que l'on ne doit pas inscrire la perte de capacité résultant de la faillite. Ce qui doit être inscrit, c'est la déclaration de faillite, comme telle, et non la perte de capacité qui en est la conséquence. C'est que cette dernière n'est pas pecore définitive, puisque, s'il y a mainlevée de la faillite, la perte de capacité doit être considérée comme non avenue (2).

Art. 75. – L'ouverture de la faillite est enregistrée d'office. Il en est de même de la mainlevée de la décision qui a prononcé la faillite.

Voir note précédente.

Art. 76. – Il doit être fait mention des liquidateurs au registre des associations. Il en sera de même des dispositions qui établissent, pour les décisions à prendre par les liquidateurs, des conditions différentes de celles fixées par l'art. 48 § 3.

La déclaration à fin d'inscription doit être faite à l'origine par la Direction, et, pour les changements qui surviendraient, par les liquidateurs. Lorsque les liquidateurs sont nommés par décision de l'Assemblée générale, on doit joindre à la déclaration qui en est faite copie des pièces qui font foi de cette nomination ; et il en sera de même pour les pièces relatives aux dispositions concernant les conditions qui auraient été fixées pour les résolutions à prendre par les liquidateurs.

L'enregistrement relatif aux liquidateurs nommés par justice se fera d'office.

Aucune hésitation, cette fois, à appliquer aux changements dont il est question les dispositions des art. 68 à 70.

Art. 77. — Les requêtes faites en vue d'inscription au registre, soit par les membres de la Direction, soit par les liquidateurs, doivent être dressées par voie de déclaration par acte authentique.

(1) *Cf.* note sur art. 76.
(2) Loi des faillites, *Konk. Ordn.*, art. 105 ; *Cf* Pl. § 74. p. 114 et Eck, p. 78.
(2) Pl. § 76, p. 114

Pour ce qui est des conditions de l'authenticité se reporter à l'art. 129 (1).

Art. 78. — Le tribunal de bailliage peut, au moyen de peines disciplinaires, assurer, à l'encontre des membres de la Direction, l'observation des dispositions de l'art. 67 § 1, de l'art 71 § 1, de l'art. 72, de l'art. 72 § 2 et de l'art 76. Aucune de ces peines, prise individuellement, ne peut dépasser la somme de trois cents Marks.

Les mêmes sanctions peuvent être établies à l'égard des liquidateurs, pour la garantie des dispositions de l'art. 76.

Art. 79. — Toute personne peut consulter le registre des associations et prendre connaissance des pièces remises par l'association au tribunal. On peut demander copie des enregistrements ; cette copie doit être légalisée, si on en fait la demande.

On remarquera certaines prescriptions de détail qui figuraient dans l'art. 69 P², et qui ont disparu lors de la revision du second projet (art. 76 P³) ; c'est qu'il s'agissait de réglementations administratives qui n'avaient pas à trouver place dans le Code civil (2).

II. — Des fondations

Le Code civil a entendu comprendre sous ce nom les fondations proprement dites et les établissements, sans s'attacher aux différentes distinctions que l'on a proposées en ce qui les concerne. Il semble bien, à première vue, que la fondation, au sens étroit du mot, se réfère uniquement à la constitution d'un patrimoine indépendant, affecté à la réalisation d'un but permanent, sans qu'il existe d'organisme extérieur en vue du fonctionnement de l'affectation ainsi créée, tandis que l'établissement implique une organisation matérielle qui serve à la réalisation du but poursuivi. Et cependant, même dans la fondation ainsi comprise, il est impossible qu'il n'y ait pas, en vue de son fonctionnement, une administration organisée, qui, pour ne pas impliquer forcément un aménagement matériel, n'en exige pas moins la constitution d'un personnel régulier, qui gère le patrimoine et l'emploie à sa destination ; de sorte que, sous ce rapport, la différence que

(1) Pour les détails, voir Saleilles, *Déclaration de volonté* (Paris, Pichon, 1901, sur art. 129

(2) Pl. p. 115.

l'on voudrait établir entre les deux catégories ne touche à aucune caractéristique fondamentale. A l'inverse, à la base de tout établissement, ayant un fonctionnement extérieur, il y a la constitution d'un patrimoine indépendant, affecté à une destination permanente, de par la volonté d'un ou de plusieurs fondateurs, qui l'auront formé par un acte de disposition de leurs biens ; de sorte que, là encore, les différences organiques s'atténuent ou disparaissent (1). Quelquefois aussi on a voulu considérer l'établissement comme s'appliquant plus spécialement à ce qui rentrerait dans la sphère du droit public, faisant partie de l'organisation administrative, en vue d'un but d'intérêt général, tandis que la fondation aurait un caractère purement privé (2). Mais, il va de soi que, dans les conceptions courantes, on considère qu'il y a des établissements purement privés et, à l'inverse, qu'il existe des fondations publiques, que l'on distingue plus ou moins vaguement des établissements publics. Aussi le Code civil comprend-il sous le terme de fondation tout ce qui est fondation et établissement de droit privé ; seulement, il est entendu que les dispositions qu'il édicte ne visent que les fondations, au sens large qui vient d'être indiqué, destinées à constituer des personnes morales, donc ayant la capacité juridique. Ce qui ne veut pas dire qu'en prenant le mot au sens plus élargi encore, qui correspond aux usages courants, on ne pourra pas constituer de véritables fondations qui n'aient pas, par elles-mêmes et en elles-mêmes, la personnalité juridique (3). C'est ainsi que l'on pourrait employer le procédé, qui reste le droit commun en France, du legs ou de la donation avec charges, au profit par exemple d'une personne morale déjà existante, avec affectation des biens ainsi donnés et séparation de patrimoine au sens et dans la mesure des art. 525 et suiv. et art. 2192 et suiv.. Et Planck fait remarquer à ce sujet que, si l'affectation était faite au profit d'une association et si elle provenait de l'un des associés, le droit à la destination fixée constituerait au profit du fondateur un droit personnel au sens de l'art. 35 (4).

(1 Cf. Pl., p. 116.
(2) Cf. Gierke, *D. P. R.* I, § 77, § 78.
(3) Cf. Regels., *Pand.* § 87, I, p. 341 et suiv.
(4) Pl., p. 116.

Il pourrait se faire aussi que, tout en faisant la fondation aux mains d'une personne morale existante, une personne morale publique par exemple, on eût entendu la constituer à l'état de fondation indépendante, ayant elle-même la capacité juridique, auquel cas les dispositions des art. 80 et suiv. trouveraient leur application, si ce n'est que l'acte passé avec les administrateurs de la personne morale ainsi choisie impliquerait que la fondation dût être administrée par les mêmes gérants (1). Enfin, il importe de remarquer, que, parmi les éléments caractéristiques de la fondation, au sens juridique du mot, si toutes les distinctions déjà indiquées se trouvent manquer de précision, il faut signaler la permanence du but; si donc il s'agissait de souscription en vue d'un but temporaire, comme celui d'une fête à organiser, la notion de fondation se trouverait faire défaut et les art. 80 et suiv. ne sauraient s'y appliquer (2). Il y aurait lieu uniquement de se reporter aux principes généraux, sauf le cas particulier de l'art. 1914. (Quant à la conception théorique de la fondation, voir la note sur art. 81, et art. 82 et la note).

Art. 80. — Pour l'établissement d'une fondation ayant la capacité juridique, il faut, en dehors de l'acte de fondation, l'approbation de celui des Etats d'Empire dans le territoire duquel la fondation doit avoir son siège. Si elle ne doit avoir son siège dans aucun des Etats de l'Empire, l'approbation doit émaner du Bundesrath. On doit considérer comme siège de la fondation, à moins qu'il en ait été décidé autrement, le lieu où elle est administrée.

Le premier projet ne réglait que l'acte de fondation, en tant qu'acte juridique, rentrant dans le droit privé (art. 58 P[1]), et il laissait sous l'empire des législations d'Etats le point de savoir s'il faudrait, en outre, une autorisation administrative (art. 62 P[1]), conformément au système admis en matière d'associations (art. 42 P[1]). Il résulta du système unitaire, établi par la seconde commission pour ce qui est de ces dernières, qu'il y avait lieu de régler également d'une manière uniforme la question des fondations; et l'on jugea impossible, en ce qui touche la nécessité d'une autorisation administrative, de formuler

(1) Sur tous ces points, Stintzing, *Stiftungsgeschäft*, dans *Arch. f. d. civ. Praxis* p. 398 suiv.

(2) Regels. *Pand.*, § 87, III. Pl., p. 116.

une distinction analogue à celle admise, en matière d'associations, aux art. 21, 22 et 61. Du reste, la plupart des législations d'Etats imposaient l'autorisation de la part de l'Etat. Et enfin, si la liberté d'association, en tant qu'elle implique la reconnaissance, pour toute association licite, de la personnalité, peut être considérée comme une conséquence directe de la liberté individuelle (1), il était bien difficile d'admettre qu'il en fût ainsi lorsqu'il s'agissait de donner efficacité à perpétuité à une volonté disparue avec le décès de celui de qui elle émanait; d'autant qu'au point de vue économique il pouvait être grave d'admettre sur ce point une liberté illimitée et qu'à d'autres égards, même sur le terrain du droit privé, il ne pouvait y avoir personnalité que si le but était de nature à justifier la permanence de l'affectation. De ce dernier point de vue l'autorité administrative avait seule qualité de se faire juge. De là, dans le Code civil allemand, la nécessité d'une autorisation administrative, pour donner la personnalité à toute fondation, sans qu'il y ait à distinguer quel en est l'objet (2) (sur le sens de cette autorisation, voir note sur art. 81).

Il avait bien été proposé au Reichstag, conformément au système de l'art. 21, de remplacer l'intervention de l'Etat par l'enregistrement au registre des associations. Mais l'assimilation que l'on voulait établir à ce sujet, et au point de vue de l'utilité sociale, entre fondation et association, fut vivement combattue, surtout à l'égard d'un pays qui souffre, comme il fut dit en propres termes, d'un surcroît de population, et qui ne saurait admettre qu'une partie considérable du patrimoine national fût employée à la poursuite de buts, quelques-uns puérils et sans utilité pour personne. L'association, disait-on, est une réalité vivante, qui décuple l'activité économique et sociale; la fondation est un patrimoine mort, qui ne se justifie que par l'utilité de son affectation (3). Au moins, avait-on voulu, dans le même ordre d'idées, que l'approbation administrative ne pût être refusée, lorsqu'il serait reconnu que la fondation poursuivrait un but d'utilité générale et qu'elle aurait pour y répondre un patrimoine suffisant; et, par un but de ce genre, on voulait entendre

(1) Regels. § 88, V.
(2) Pr., p. 588.
(3) Ber., p. 18.

tout ce qui toucherait aux intérêts qui rentrent dans la mission de l'Etat ou à ceux d'une confession religieuse reconnue par l'Etat (1). Mais les Représentants des gouvernements s'opposèrent très énergiquement à la prise en considération de tout amendement de ce genre, qui ne pouvait, par le vague même de ses dispositions, que susciter des difficultés, et presque des conflits, insolubles. Toutes ces restrictions et réserves furent repoussées à peu près à l'unanimité devant la Commission du Reichstag (2).

Art. 81. — L'acte de fondation entre vifs doit être dressé sous forme écrite.

Jusqu'à ce que l'approbation soit intervenue, le fondateur a le droit de révocation. Lorsque l'autorité compétente a été saisie d'une demande à fin d'approbation, c'est à elle que doit être faite la déclaration de révocation. Les héritiers du fondateur n'ont plus le droit de révoquer, dès que celui-ci a saisi l'autorité compétente de sa demande ou qu'ayant passé l'acte de fondation sous forme judiciaire ou notariée, il a chargé, soit dans l'acte lui-même, soit après, le tribunal ou le notaire de présenter la demande.

I. L'art. 81 complète la disposition de l'art. 80, en ce qui concerne les conditions auxquelles se trouve subordonnée l'attribution de capacité, donc l'acquisition de la personnalité. Il ne s'agit pas encore de la question de savoir si déjà, par le seul effet de sa volonté, le fondateur se trouve obligé d'effectuer les promesses et engagements pris par rapport à la fondation elle-même. Avant de parler d'obligation envers la fondation, considérée comme personne morale, il faut déjà que celle-ci existe en tant que personnalité juridique ; et l'on sait que, pour qu'il en soit ainsi, deux conditions sont exigées. L'une est du ressort du droit public de chaque Etat ; l'autre est du domaine du droit privé. Il s'agissait donc de déterminer la valeur et la forme de l'acte constitutif de la fondation, en tant qu'il incarne la volonté du fondateur.

Le premier projet, qui, en principe, se contentait de cet acte de fondation, pure déclaration de volonté, lui attribuait à lui seul l'effet de créer la personnalité. On a pu se demander, devant la seconde commission, alors qu'on lui adjoignait, pour que ce résultat fût acquis, une seconde condition, si ce serait

(1) Ber., p. 18.
(2) Pr., p. 589.

encore la déclaration de volonté du fondateur qui serait constitutive de la personnalité, sauf ratification de l'Etat, ou si, au contraire, la capacité juridique résulterait de cette dernière, entendue d'une concession de personnalité, comme au cas de l'art. 22. Ce point n'a pas été expressément tranché ; on a seulement voulu éviter de dire qu'il s'agissait d'une concession de l'Etat, comme dans l'art. 22. Et, d'ailleurs, tout en parlant d'approbation, et en employant le même terme que celui admis aux art. 182 et suiv. pour désigner la ratification, il a été entendu que cette approbation ne serait pas rétroactive : l'attribution de capacité ne datera que du jour où l'autorisation administrative sera intervenue. Ce sont là deux conditions également nécessaires (1).

Mais, d'autre part, cet acte de fondation a le caractère d'une déclaration unilatérale de volonté ; ce qui ne signifie pas encore qu'il implique engagement et création d'obligations, sans autre acceptation de la part de qui que ce soit, ce point devant être tranché dans l'art. 82 ; mais ce qui veut dire qu'il produit son effet, en tant qu'élément essentiel à la constitution de personnalité, sans avoir besoin d'une autre volonté qui adhère, sous forme contractuelle, à celle du fondateur. Il faut bien remarquer, en effet, qu'on n'a pas voulu dire que l'approbation de l'Etat eût le caractère d'une acceptation de contrat, bien que ce point ait été quelquefois soutenu, par Gierke par exemple (2). L'acte de fondation n'est pas une offre adressée à l'autorité publique, mais une déclaration par laquelle le fondateur entend manifester sa volonté et l'incarner dans un organisme permanent, qui la réalise en pleine indépendance. C'est un acte de création souveraine, création réalisée par le fait seul d'une volonté autonome. Cette manifestation de volonté vaut par elle-même, en tant que déclaration unilatérale ; elle n'a même pas à être adressée à personne en particulier. C'est une déclaration impersonnelle, qui n'est pas faite à l'Etat lui-même ; car l'acte par lequel le fondateur lui en donne connaissance, en vue de requérir l'approbation administrative, est un acte nouveau et absolument indépendant, tellement indépendant qu'on a pu se demander si cette requête était

(1) Ber., *loc. cit.*
(2) Cf. *infrà*, nos III et suiv.

nécessaire pour que l'Etat pût intervenir et donner son consentement, et, s'il ne pourrait pas, d'office, dès qu'il a connaissance de l'acte de fondation, lui adjoindre son approbation et ériger ainsi la fondation en personne morale, de façon désormais irrévocable. Or, si l'on incline à repousser cette solution, et si l'on veut exiger, pour que l'Etat puisse intervenir, une notification et comme une demande formelle de la part du fondateur, bien que l'art. 81, contrairement à l'art. 62 P[1], ne le dise pas expressément, ce n'est pas, parce que l'acte de fondation implique une déclaration de volonté qui s'adresse à l'Etat, mais uniquement parce que cet acte reste essentiellement révocable de la part de son auteur ; c'est parce que l'Etat ne peut lui attribuer l'irrévocabilité que sur la demande de celui qui a ainsi émis sa volonté, et qui reste maître de lui donner son efficacité définitive (1). Hölder (2), il est vrai, tout en admettant aussi que l'autorisation administrative ne puisse intervenir que sur la demande du fondateur, croit, contrairement à l'opinion de Planck, telle qu'elle vient d'être exposée, que l'acte de fondation exige, en lui-même, pour être complet et définitif que cette demande soit présentée par le fondateur. Le fait de s'adresser à l'autorité compétente serait l'acte par lequel le fondateur imprime le sceau de sa volonté au projet de fondation, et par lequel il en fait un acte juridique.

Toutefois, il peut arriver que, en fait, cet acte de fondation ait pris la forme contractuelle, par exemple si la fondation est créée au profit d'une personne morale déjà existante, mais à titre de fondation indépendante (3). Le premier projet (art. 58 P[1]) laissait expressément entendre que l'acte de fondation pouvait être fait sous cette forme, ce qui voulait dire, sans doute, que, par le fait seul, le fondateur était lié vis-à-vis de la personne envers qui il avait contracté, et que, par le fait seul, il était obligé de maintenir sa fondation. Mais l'art. 81 actuel traite des conditions de révocabilité et d'irrévocabilité sous une forme impérative qui ne permet pas d'admettre que le fondateur, en se liant vis-à-vis d'un tiers, puisse supprimer, avant toute intervention de l'Etat, la faculté de révocation qui lui

(1) Pl., § 81-6 p. 119.
(2) P. 190-191.
(3) Cf. *suprà*, note sous l'intitulé du § II.

est accordée ; aussi tout ce que l'on pourrait en conclure, ce serait que, si, dans cette hypothèse, le fondateur venait à révoquer, dans les conditions de l'art. 81, il devrait des dommages-intérêts envers l'autre contractant (1).

II. Quant à la forme de l'acte de fondation, tous les projets (de I à IV) exigeaient un acte notarié ou judiciaire ; ce qui se comprenait dans le système du premier projet, lequel se contentait en principe de l'acte de fondation. Mais on fit remarquer, devant la Commission du Reichstag, que, pour ce qui est de l'authenticité même de la déclaration de volonté qui sert de base à la fondation, il ne pourrait plus y avoir aucune hésitation dès que l'approbation administrative serait intervenue ; aussi devait-on se contenter désormais d'exiger la forme écrite (2), avec application, bien entendu, des dispositions de l'art. 126 (3). Mais l'art. 81 ne contient aucune indication sur le contenu de l'acte de fondation, d'où il faut conclure qu'on ne saurait exiger, pour sa validité, que les éléments qui fussent essentiels pour donner à la fondation son individualité. Il faut comprendre par là, non seulement la désignation du but auquel elle doive se trouver affectée, mais la réglementation de son organisation administrative, et celle principalement de ce qui doit en constituer la gérance, ou la Direction, puisque, sans organe créé en vue de l'administration patrimoniale, il ne saurait être question de capacité juridique ; pour qu'il y ait octroi de capacité, il faut un fonctionnement destiné à l'exercer. Seulement, suffit-il de cette création de l'organe, ou faut-il encore considérer comme essentiel à l'établissement de la fondation, et par suite comme devant figurer dans l'acte qui s'y réfère, la constitution d'un patrimoine qui lui soit affecté ? La question dépend d'un point de vue théorique, non résolu expressément par la loi, et dont on trouvera l'exposé dans Planck (4). Il s'agit de savoir si l'affectation du patrimoine est inhérente à la constitution de la fondation, ou s'il ne faudrait pas la considérer comme un acte

(1) Pl., § 81-5.
(2) Ber., p. 18, 19.
(3) Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, sur l'art. 126.
(4) § 81-2, p. 117.

indépendant, qui consisterait, après création de la fondation, à lui attribuer le patrimoine qui doive lui appartenir, sans accepter cependant que cet acte vaille déjà aliénation et transfert des biens au profit de la fondation, puisque cette transmission ne peut se faire qu'une fois la personnalité reconnue. S'il s'agit, en somme, d'affectation éventuelle, donc d'une simple désignation de patrimoine, il semble difficile d'en faire un acte à part, indépendant de celui qui crée l'organe, puisque celui-ci n'est constitué qu'en vue d'un patrimoine, que, d'autre part, le but ne peut être atteint que si ce dernier existe et qu'il est indispensable, dès le début, de constater si le patrimoine est suffisant pour le but à atteindre (1).

III. Le second alinéa de l'art. 81 traite de la révocabilité ; et le point était capital. La question avait été prévue par le premier projet (art. 62 P[1]), pour le cas où la législation d'état eût exigé l'autorisation administrative ; et il était décidé que, dès qu'il y aurait eu présentation de la demande, l'auteur de l'acte de fondation ne pourrait plus le révoquer. La question devait être, en effet, expressément élucidée par la loi ; car, de la conception qu'on s'était faite de l'acte de fondation, obligatoire par lui-même, par le seul fait d'une déclaration unilatérale de volonté (2), on aurait pu conclure que le fondateur fût déjà lié par sa volonté, sans attendre l'autorisation administrative. Mais, en soi, les deux questions étaient indépendantes. Lorsqu'on dit, en effet, que l'acte de fondation est obligatoire par lui-même, cela signifie que, dès que la fondation existe, le fondateur se trouve obligé, sans qu'il soit besoin que sa volonté et sa promesse soient acceptées sous la forme contractuelle ; mais cela suppose la fondation créée, et existant déjà, à l'état de personne juridique. Il est vrai que, dans le système de l'art. 58 P[1], les deux choses coïncidaient et se confondaient ; mais, dans le système nouveau (3), l'acte de fondation ne suffit pas à la création de la fondation. Aussi, la question de

(1) Voir, d'ailleurs, art. 82, et, pour la discussion théorique, Kohler, *Recht der Stiftungen* dans *Archiv für burgerliches Recht*, t. III, ann. 1890, p. 233 et suiv. et Hölder, sur § 80, p. 189-190.

(2) Art. 82. Cf., art. 58 P[1] et Sal, n. 144.

(3) Art. 80, *suprà*.

l'obligation du fondateur ne peut se poser qu'une fois l'approbation administrative intervenue ; et, par suite, jusqu'à ce qu'il en soit ainsi, on peut se demader si le fondateur sera lié par sa volonté, même non encore sanctionnée, donc, s'il sera obligé de persister dans sa volonté de créer la fondation. La seconde commission a considéré, au point de vue théorique, que, s'agissant d'un acte unilatéral, il devait rester révocable, tant que le résultat juridique poursuivi par lui ne serait pas atteint; et, au point de vue pratique, que, s'agissant au fond d'une pure libéralité, il fallait, dans l'intérêt du fondateur, et à un point de vue plus général dans l'intérêt des fondations, maintenir le droit de révocation, tant qu'aucun droit acquis ne se trouvait encore exister. Ce sera, par conséquent, l'octroi de l'autorisation administrative, qui seul créera l'irrévocabilité (1); même après la mort du fondateur, ses héritiers, succédant à ses droits, en principe, gardent le droit de révocation. Mais, dans ce cas, on revient au système de l'art. 62 P[1]; à l'égard des héritiers, la révocabilité cesse si, avant son décès, le fondateur avait déjà présenté sa requête à fin d'autorisation. Il fallait éviter que les héritiers se missent en opposition trop évidente avec la volonté du fondateur, lorsque celui-ci l'avait à nouveau confirmée par un acte aussi significatif que la présentation de sa requête (2).

IV. Il ne faudrait pas croire, d'ailleurs, que, par cette série de dispositions sur la question de révocabilité et d'irrévocabilité, le Code civil ait entendu prendre parti sur le problème théorique et doctrinal qui se posait, parmi les auteurs, sur le point de savoir quel était l'acte vraiment constitutif de la fondation et duquel elle résultait : était-ce l'acte (privé) de fondation, ou l'acte (public) d'approbation, ou le fait du transfert des droits constitutifs de son patrimoine? Kohler a parfaitement démontré, depuis longtemps, que ces diverses constructions théoriques n'étaient que des moyens de technique juridique, en vue de faciliter certains résultats pratiques, et qu'il serait contraire

(1) Cf. Pr., p. 591, 592 ; cf. Kohler, *Recht der Stiftungen*, dans *Arch. fur burg. R.*, t. III, ann. 1890, p. 289. Voir également Schlossmann, dans *Jahrb. f. Dogm.*, t. xxvii p. 49 et Endemn., § 49, note 5, p. 221.

(2) Cf. cependant note sous art. 84.

à toute raison de les employer à faire obstacle aux résultats qui s'imposent. Il faut, tout au moins, en conclure que la théorie désignée sous le nom de système de la création, et d'après laquelle la fondation, comme le testament, est un acte de création juridique par le seul fait de la volonté autonome de l'homme (1), n'implique pas forcément que le droit à créer résulte immédiatement de l'acte de création. Il suffit, en effet, dans cette conception, que la volonté créatrice, incarnée dans l'acte qui la révèle, et volonté purement unilatérale, soit le fondement, ou plutôt comme l'inspiration vivante, de l'organisation juridique à créer (2). On a même pu prétendre, au lieu d'un acte unilatéral proprement dit, que l'acte de fondation se présenterait comme une offre de contrat, au moins dans le cas où l'autorisation de l'Etat serait exigée, de telle sorte que le fondateur contracterait avec l'Etat une obligation au profit du bénéficiaire de la fondation (3). Ce serait un contrat pour autrui. Mais il ne semble pas que cette explication ait rencontré beaucoup d'adhésions, et qu'elle puisse concorder avec les solutions positives du Code civil, quoiqu'il n'y ait rien dans la loi qui implique son exclusion formelle (4). Ici encore, il ne faut pas chercher dans les dispositions admises par le Code civil aucune intention d'adopter une construction juridique inflexible, destinée à développer, par voie d'interprétation subséquente, toutes ses conséquences logiques. Certains points seulement, de caractère théorique, ont été légalement acceptés par le Code civil, comme par exemple le principe que la fondation est, et doit être, une personnalité juridique du droit privé, ayant son indépendance propre, et possédant une volonté à elle, donc un sujet de droit, et non un dérivé de l'organisme de l'Etat (5), sous forme d'affectation patrimoniale. Mais, quant à la question de savoir quelle est exactement la volonté ainsi incarnée dans la fondation, ce

(1) Sur ce point voir Schlossmann, *Jahrb. f. Dogm.*, t. XXVII, p. 29.

(2) Kohler, *loc. cit.*, *Arch. f. b. R.*, p. 229-230.

(3) Gierke, dans *Bekker Beiträge*, p. 45-46 ; cf. *Genossenschaftstheorie*, p. 12 et suiv. et *D. P. R.*, § 78.

(4) Voir cependant Pr., p. 592.

(5) Cf. Endem., *loc. cit.*, § 49, note 2, p. 220.

point, déjà discuté parmi les auteurs (1), reste livré au libre développement de l'évolution doctrinale.

V. Toutefois, il résulte des principes que le Code civil a entendu consacrer d'une façon certaine, et entre autres de l'indépendance absolue établie par l'art. 80 entre l'acte de fondation et l'approbation administrative, que, si celle-ci est refusée, l'acte de fondation subsiste, sa validité, ou son maintien n'étant pas subordonnés à l'autorisation de l'Etat (2) ; d'où il résulte que l'autorisation pourrait encore être accordée sur nouvelle requête. Seulement, il va de soi (3) que les restrictions que la première requête avaient pu apporter au droit de révocation, par rapport aux héritiers par exemple (4), seraient tombées avec le refus d'approbation (5). C'est du moins l'opinion qui semble prévaloir, bien qu'un passage des travaux préparatoires soit de nature à faire naître l'hésitation (6).

VI. En ce qui touche les détails d'application, et les distinctions à faire au point de vue du droit de révocation, Hölder (7) présente un exposé des faits qui concorde nettement avec sa théorie fondamentale, d'après laquelle l'acte de fondation exige, pour être complet, la notification à l'administration compétente. Il en conclut que, tant que cette communication n'a pas encore été adressée, le fondateur n'a pas besoin de révoquer ; l'acte n'est pas achevé. Il n'a qu'à s'abstenir de faire la demande d'autorisation. Si, au contraire, la communication a été adressée à l'autorité, mais qu'elle ne lui soit pas encore parvenue, comme il s'agit d'une déclaration de volonté qui, d'après l'art. 130, ne peut recevoir, elle-même, sa perfection et son irrévocabilité que par l'arrivée à destination, il peut la révoquer, en tant que déclaration de volonté, par une révocation qui arrive avant ou en même temps que sa communication,

(1) Gierke, *D. P. R.*, t. I, § 78, p. 647 ; Regelsberger, *Pand.*, t. I, § 75, p. 293. Kohler, *loc. cit.*, p. 237.
(2) Art. 62 § 2 Pl et M. I, p. 123.
(3) Art 62, § 2 Pl.
(4) Voir art. 81 § 2.
(5) Pl., § 81-7, p. 119.
(6) Pr., p. 594 et note sous art. 84.
(7) P. 192 et suiv.

conformément à l'art. 130 (1) : ce n'est pas l'acte qui est révoqué, puisqu'il n'existait pas encore, mais la déclaration qui devait lui donner existence. Hölder observe même que, jusque-là, il n'aurait pas été besoin d'une disposition légale pour permettre la révocation. Mais, lorsque la communication est parvenue à destination, c'est alors que, l'acte étant parfait et définitif, d'après le droit commun, tout aurait dû être irrévocable. Une disposition spéciale devenait alors indispensable pour donner le droit de révocation.

Pour ce qui est des héritiers, les choses se présentent d'une façon à peu près analogue. Si l'acte avait été rédigé sans avoir été encore communiqué à l'autorité administrative, les héritiers du fondateur sont dans la situation où aurait été le fondateur lui-même. Ils peuvent, ou faire eux-mêmes la demande d'autorisation, ou s'abstenir de la faire ; et, dans ce cas, la fondation ne viendra jamais à existence. Si, au contraire, la demande avait déjà été adressée à l'administration, sans être encore parvenue à destination au moment du décès du fondateur, c'est alors que l'on pourrait croire, d'après l'art. 81, que le droit de révocation des héritiers fût exclu. Il en serait ainsi, sans doute, dans l'opinion de Planck, qui considère la fondation achevée par la rédaction de l'acte, et qui explique l'exclusion de la révocabilité, en ce qui touche les héritiers, uniquement par ce fait que l'intention du fondateur de réaliser sa fondation s'est manifestée par un acte suffisamment caractéristique, pour qu'il ne soit plus permis à ses successeurs de faire tomber sa volonté. Si l'on recherche dans le fait de cette communication une simple manifestation d'intention, il importe peu, en effet, que la demande soit parvenue ou non à l'administration ; le seul fait de l'avoir adressée manifeste suffisamment l'irrévocabilité de l'intention du fondateur. Mais, dans l'opinion d'Hölder, qui voit dans cette communication un acte complémentaire de la fondation, on ne peut supprimer le droit de révocation avant que la fondation soit acquise : pour l'imposer aux héritiers, il faut que la fondation existe. Du moment qu'elle existe, on peut admettre, sans doute, qu'elle existe encore à l'état de droit révocable à l'égard du

(1) Saleilles, *Déclaration de volonté*, sur art. 130.

fondateur, au moins jusqu'à l'octroi de l'autorisation administrative, mais on comprend aussi que cette révocabilité ne soit plus qu'une faculté personnelle qui ne se transmette pas aux héritiers. Aussi, tant que la communication n'est pas arrivée à destination, celle-ci n'étant pas encore définitive en tant que déclaration de volonté, la fondation n'est pas achevée; et, par suite, les héritiers peuvent révoquer la déclaration complémentaire qui était destinée à lui donner sa perfection. A ce principe de révocabilité, maintenu au profit des héritiers tant que la demande n'est pas parvenue à l'administration, l'art. 81 apporterait tout au moins une exception : exception dans le système admis par Hölder, application du droit commun dans celui qui semble devoir concorder avec la théorie de Planck ; ce serait dans l'hpothèse où le fondateur, au cas de rédaction de la fondation par acte authentique, aurait chargé la justice ou le notaire de présenter l'acte à l'agrément de l'administration (1). Cette dernière disposition concordait avec le système du premier projet, qui exigeait toujours l'authenticité ; d'après les modifications admises par la seconde commission, il fallait cependant prévoir le cas où le fondateur, au lieu de se contenter de la forme écrite, eût voulu passer l'acte devant justice ou devant notaire. Si donc, en pareil cas, il charge la justice ou le notaire de la communication à faire parvenir à l'administration, ce seul fait suffira, s'il vient à mourir, pour supprimer le droit de révocation des héritiers. Et le texte n'attend même pas pour cela que la communication ait été envoyée. Il suffit du mandat donné par le fondateur; ce qui semble bien impliquer que la loi s'attache à une pure question d'intention, et aux presomptions qui s'y réfèrent, au lieu d'appliquer mécaniquement les règles de l'art. 130 sur l'irrévocabilité de la délaration de la volonté. Cette dernière observation donnerait donc raison aux conceptions admises dans le système de Planck.

Art. 82. — Une fois l'approbation obtenue, le fondateur se trouve obligé de réaliser au profit de la fondation la transmission du patrimoine qui lui était assuré par l'acte de fondation. En tant qu'il s'agit de droits qui se transmettent par un simple contrat de cession, ils se trouvent acquis à la

(1) Art. 81, *in fine*.

fondation par le seul fait de l'approbation obtenue, à moins que l'acte de fondation ne révèle de la part du fondateur la volonté qu'il en soit autrement.

I. Le Code civil n'a pas entendu prendre parti, légalement, sur la conception juridique de l'acte d'affectation patrimoniale, en tant qu'il se relie à l'acte de création de la fondation (1). En tous cas, à supposer que l'acte d'affectation proprement dit se confonde avec l'acte de fondation, il importerait encore d'en distinguer l'acte de disposition par lequel le fondateur, après avoir indiqué en quoi consisterait le patrimoine de la fondation, entend s'engager lui-même à procéder aux actes juridiques nécessaires à cette acquisition ; et le premier, parmi ces actes juridiques, est celui par lequel il s'engage à constituer ce patrimoine, et auquel il est assez usuel de reconnaître le caractère d'une donation qui serait faite à la fondation future, quoique cette idée ait été parfois assez vivement contestée (2). En tout cas, il faudrait au moins reconnaître, si l'on entend distinguer l'acte de disposition émanant du fondateur, et emportant obligation contre lui, de l'acte d'affectation et de fondation proprement dit, que le premier peut se réaliser par un mode obligatoire qui réponde, soit à l'idée de donation, soit à tout autre contrat *sui generis*, en prenant ici le mot contrat dans un sens forcément extensif et purement par voie d'analogie, puisqu'il s'agit d'une obligation dérivant d'une création unilatérale de volonté (3). Le seul point légalement affirmé par l'article 82, comme il l'était déjà par l'article 58 P[1], c'est que, en ce qui touche la constitution du patrimoine d'affectation et la transmission des droits qu'il doive comprendre, il y a, de ce chef et à cet égard, un lien d'obligation qui se trouve exister à la charge du fondateur, dès que la fondation existe juridiquement à titre de personne morale, et qui dérive uniquement de l'acte de fondation, ou, si l'on veut, de l'acte d'affectation qui s'y trouve impliqué, donc qui repose sur une déclaration ou promesse unilatérale, sans qu'il soit besoin d'acceptation de caractère contractuel, de la part de la personne qui va devenir le sujet

(1) Cf., art. 81 et la note.
(2) Cf. Schlossmann, *loc. cit.*, p. 49.
(3) Cf. Eck., p. 90-91.

actif de l'obligation ainsi fondée (1). Et, d'autre part, cet acte obligatoire a le caractère d'une promesse abstraite, indépendante de sa cause. Tous ces points sont certains (2).

II. Mais une fois l'obligation fondée, il s'agissait d'en délimiter le caractère et le contenu, et ensuite d'en procurer la réalisation. Sur le premier point, l'article 82 ne contient aucune disposition. La raison en est tout d'abord que, en ce qui touche le contenu lui-même, il est de règle qu'il faille s'en référer à la volonté du fondateur, telle qu'elle résulte de l'acte de fondation ; et que, d'autre part, il est généralement admis que, comme règle d'interprétation, il y aura lieu d'appliquer, par voie d'analogie, les articles 2164 à 2173, en matière de dispositions testamentaires (3). Par suite du même rapprochement, Planck rejette, pour déterminer le caractère de l'obligation ainsi assumée par le fondateur, au moins jusqu'à ce qu'il soit lié définitivement par l'octroi de l'autorisation, l'idée qu'il s'agirait d'obligation conditionnelle, à laquelle dussent s'appliquer les articles 160 et 161. Cette observation est importante, soit au point de vue réel, soit au point de vue purement personnel. L'intérêt en est très visible au point de vue réel, puisque l'article 82 admet pour certains droits une transmission immédiate et s'identifiant avec l'obligation qui s'y rapporte. Fallait-il donc dire qu'il y eût là comme une acquisition déjà réalisée sous condition, et qu'il y aurait lieu, au cas d'aliénation ultérieure au profit d'un tiers, d'appliquer l'article 161 ? L'intérêt n'est pas moindre au point de vue personnel, puisque sans qu'il y ait à supposer que la réalisation de la condition influe sur la transmission du droit, et uniquement en ce qui concerne la reconnaissance d'un lien d'obligation, il y aurait eu lieu, dans la même hypothèse d'aliénation ultérieure, à l'application de l'article 160. Toutes conséquences qui seraient en contradiction, dit Planck, avec le droit de révocation admis jusqu'à ce qu'il y ait approbation, et qui tend, en effet, à assimiler les résultats provenant de l'acte de fondation, dans l'intervalle qui s'étend jusqu'à l'octroi de

(1) Cf. Sal., n° 144.
(2) Cf. Stinzting, *loc. cit.*, p. 402.
(3) Pl., 382, § 2, p. 120.

l'autorisation, à ceux qui dériveraient d'un testament au point de vue des legs et autres dispositions qu'il contient, pour la période qui s'écoule jusqu'au décès du testateur (1).

Cette opinion de Planck a été cependant contestée par Hölder (2); et il semble bien que ce dernier ait raison. Hölder ne croit pas que la faculté de révocation suffise à supprimer toute obligation de la part du fondateur, lorsque celui-ci est déjà engagé par le fait de l'envoi de sa demande en autorisation. Cette faculté de révocation peut donner lieu à une condition qui atténue l'obligation prise par le fondateur ; mais il est inexact de dire qu'elle la supprime, ou qu'elle l'empêche de se réaliser. Car, en adressant sa demande à l'autorité compétente, le fondateur s'engage, s'il veut révoquer, à le faire par une révocation qui fût adressée à la même autorité, alors que, si l'on rejetait l'application des articles 160 et 161, il en résulterait que le seul fait d'une aliénation, réalisée dans l'intervalle entre l'envoi de la demande et son acceptation, suffirait à rendre vaine l'autorisation administrative et équivaudrait à une révocation à l'insu de l'autorité déjà saisie de la demande. Ce qu'il faut dire, ce n'est pas, comme le prétend Planck, que le fondateur, jusqu'à ce qu'il y ait réception de l'autorisation administrative, ne soit lié à rien, mais que, par le seul fait de sa demande, il s'est déjà engagé. Il est obligé sous une double condition ; sous la condition que l'autorisation soit donnée et que lui même n'ait pas révoqué en temps suffisant et dans les formes requises. Si donc ces conditions se réalisent, il y aurait lieu, au cas d'aliénation opérée dans l'intervalle ou de détérioration apportée aux objets ou aux droits faisant partie du patrimoine de la fondation, à l'application des articles 160 et 161.

III. Restait alors à réaliser l'obligation inhérente à l'acte de fondation, ou plutôt à l'affectation patrimoniale qu'il contient. Le premier projet (art. 58), conformément à la séparation admise de droit commun entre les modes constitutifs d'obligation et les modes de transfert des droits, n'admettait pas que cette transmission coïncidât avec le fait qui ait donné

(1) Pl., § 82-2, cf., note sur art. 84.
(2) P. 295.

naissance à l'obligation qui s'y référait; c'était au fondateur, pour exécuter son obligation, à procéder aux différents actes de transfert requis pour chacun des droits indiqués dans l'affectation initiale. Mais la seconde commission a pensé que cette séparation, et par suite cette complication, ne se justifiait que pour les droits dont l'acquisition était soumise à des solennités de forme ou de publicité pour la garantie des tiers. Pour tous ceux, au contraire, qui peuvent se transmettre par simple convention, l'art. 82 pose une règle inverse de celle du premier projet ; ils seront acquis à la fondation, en même temps que celle-ci acquerra la personnalité, à moins de clause contraire dans l'acte de fondation, ce qu'il faudra appliquer notamment aux créances (art. 398 suiv.), ainsi qu'aux droits qui se trouvent visés par l'article 413 (1). Enfin l'article 58 P[1] appliquait, tant à l'obligation du fondateur qu'aux aliénations qui en seraient l'exécution, les dispositions relatives à la garantie en matière de donation. La seconde commission a pensé que c'était un point à laisser sous l'empire des principes du droit commun, d'autant que, de cette application, faite expressément par la loi dans un cas où il suffirait de s'en référer aux principes généraux, aurait pu résulter, comme on l'a dit, un argument *a contrario* pour certaines hypothèses, assez analogues, dans lesquelles la loi eût gardé le silence à cet égard. Il y aura donc lieu, par suite de ces observations, d'appliquer, en effet, les dispositions sur la garantie en matière de donations (2), dans la mesure ou l'acte de fondation pourra être considéré comme ayant le caractère d'une libéralité. Mais on sait qu'il n'en est pas forcément ainsi (3). Seulement, il résulte des considérations déjà exposées, et par le fait même que le fondateur n'est lié qu'à partir du jour où la fondation est devenue irrévocable, que sa responsabilité, en matière de garantie, ne saurait être engagée que par des faits postérieurs à l'obtention de l'autorisation administrative (4).

Art. 83. — Lorsque l'acte constitutif de la fondation consiste dans une disposition à cause de mort, le tribunal de la succession doit requérir l'ap-

(1) Pr., p. 593.
(2) Art. 521 à 524.
(3) Stintzing, *lóc. cit.*, p. 421, not. 57.
(4) Pl., p. 120, 121.

probation, lorsqu'elle n'a pas été demandée par l'héritier ou par l'exécuteur testamentaire.

La rédaction de l'art. 83, comparée à celle de l'art. 59 P[1], présente ce caractère important d'impliquer reconnaissance implicite de la tradition coutumière d'après laquelle la fondation pouvait être constituée, soit par voie d'institution d'héritier, soit par legs (1), tandis que la rédaction primitive de l'art. 59 P[1] en faisait résulter la légitimité de la disposition légale elle-même. Et par là se trouve rejetée, comme insuffisante à fournir une objection valable, même si le Code civil eût passé la chose sous silence, la raison présentée à l'encontre de cet usage coutumier, et tirée de ce fait que la disposition serait faite au profit d'une personne actuellement inexistante (art. 2101), puisqu'au jour de l'ouverture de la succession la fondation n'aura pas encore reçu l'approbation administrative (2). Toutefois la construction juridique à admettre en pareil cas n'a pas été fixée et déterminée par le législateur, soit qu'on doive analyser la fondation testamentaire et la décomposer en deux actes distincts, l'un qui créerait la fondation, et l'autre qui lui attribuerait le legs ou l'hérédité, soit qu'on veuille y voir un acte unique, par lequel un patrimoine, pour le cas de décès, se trouverait érigé en un patrimoine d'affectation en vue d'un but à poursuivre (3). La seconde commission a même rejeté pour ce motif un amendement dont la rédaction aurait pu paraître impliquer l'adoption de l'un des deux systèmes, alors qu'il s'agissait d'une construction doctrinale, qui, par sa nature, ne devait pas trouver place dans un code. Il faut même conclure de la généralité d'expression de l'art. 83, et de l'interprétation qui en a été donnée par les Motifs (4), que, sous le terme de disposition à cause de mort, il faudrait comprendre, non seulement la fondation par voie testamentaire, c'est-à-dire par un acte unilatéral, mais également celle qui serait constituée par un contrat d'institution d'héritier (art. 2274 et suiv.) ; et il faudrait l'entendre, à moins de dis-

(1) Gierke, *Genossenschaftheorie*, p. 124 ; *Personengemeinschaft*. dans *Bekker Beitr.* p. 45 suiv. *Deuts. Priv. R.* I, § 78, not. 46, p. 653 ; Regelsberger, *Pand.* I, § 88, p. 347.
(2) Cf. Endem. § 49, not. 7 p. 222 ; Kolher, *loc. cit.*, p. 242, not. 10 ; p. 287.
(3) Cf. Pl. § 83, 1, et Pr. p. 585.
(4) M. I. § 59, p. 120.

position contraire, non pas d'une obligation imposée à l'héritier de créer la fondation, ce qu'il ferait alors par un acte entre-vifs (1), mais d'une constitution de fondation à l'état de personne distincte, constitution faite par contrat avec l'héritier futur. Planck fait observer, d'ailleurs, que, si l'on objectait l'art. 2278 § 2, il suffirait, pour y répondre, d'admettre, des deux constructions théoriques exposées plus haut, non plus celle qui accepte une dualité d'actes, dont l'un serait un acte de fondation, lequel paraît, en effet, exclu par l'art. 2278, mais le système qui fait de l'institution d'hérédité elle-même l'élément constitutif de la fondation ; la fondation se trouvant érigée en héritier ou en légataire (2). Bien entendu, puisqu'il s'agit d'une disposition de dernière volonté, elle sera faite dans les formes admises pour un acte de ce genre (art. 2231 suiv. et art. 2276 suiv.) ; et de même en sera-t-il des caractères à attribuer au droit qui en dérive, ce qui fait qu'il n'y avait pas à statuer sur la question de révocabilité (art. 2253 et suiv., art. 2290 suiv.), l'acte devenant irrévocable par le décès du fondateur et le droit de révocation en pareil cas ne passant jamais aux héritiers. Aussi, n'y-a-t-il pas à exiger, comme dans le cas de l'art. 81, pour que l'administration donne son approbation, l'intervention préalable, sous forme de requête ou sous une forme quelconque, des héritiers. C'est à eux, sans doute, de demander l'autorisation ; mais, s'ils négligent de le faire, l'art. 83 en impose le devoir à la justice.

Art. 84. — Lorsque l'approbation n'intervient qu'après la mort du fondateur, la fondation sera censée, par rapport aux dispositions faites par le fondateur, avoir existé dès avant le décès.

I. L'art. 84 consacre, pour un point particulier et avec des effets restreints, un principe de rétroactivité, déjà admis par le premier projet (art. 62, §3) pour le cas seulement de fondation par voie de disposition à cause de mort. Et tout ce que l'on avait voulu dire par là, c'est que, bien que la fondation n'existât pas encore au décès, il ne faudrait pas la traiter, par voie d'analogie, comme s'il s'agissait d'un héritier ou d'un légataire non encore conçu (art. 1758, § 2 P[1] et 1867 P[1]), ce qui,

(1) Endem, p. 222.
(2) Pl. § 83, 1, p. 121.

pour le cas d'institution d'héritier, n'eût fait de la fondation qu'un héritier en sous-ordre, c'est-à-dire un héritier substitué. On voulait, bien que l'acquisition de la personnalité n'intervînt qu'après, que la fondation fût considérée comme un héritier ordinaire, institué en premier, sans qu'elle eût à courir le risque de la situation intermédiaire qui lui serait faite si elle avait dû recueillir les biens des véritables héritiers, considérés comme héritiers *ex intervallo* (1). Il est vrai qu'on avait critiqué, de part et d'autre, le principe général de rétroactivité, admis par la première rédaction, en vue de ce résultat particulier, et d'où l'on semblait craindre que l'on pût tirer d'autre conséquences, moins justifiées (2). Aussi Kohler avait-il proposé, au lieu de cette formule qui, au fond, se présentait sous la forme d'une fiction, de modifier purement et simplement l'art. 1759 P[1], d'après lequel une personne juridique était déclarée pouvoir être instituée héritière ou légataire, en ajoutant qu'il en serait de même d'une fondation non encore autorisée et dans l'attente de l'autorisation (3) : on l'aurait assimilée à l'héritier, non encore né, mais déjà conçu (art. 1758 § 1 P[1]) ; et il y eut même devant la seconde commission un amendement dans le sens de ce procédé de rédaction (4). Mais celle-ci maintint la formule du premier projet, ou à peu près, tout en ne l'appliquant encore qu'aux fondations par voie de disposition à cause de mort (art. 72 P[2]) ; et cependant, dans le projet revisé (art. 80 et 81, P[3] et P[4]), l'ancien art. 72 P[2] se trouve fractionné en deux, de façon à isoler la disposition finale en la séparant du début du texte, lequel en effet ne visait que les fondations testamentaires, de façon, par conséquent, à en faire un article indépendant, s'appliquant à toutes les fondations, même entre vifs, ce qui ne sera pas sans soulever désormais quelques difficultés de conciliation avec l'art. 81, § 2. Quoi qu'il en soit, sous sa forme actuelle, cette fiction de rétroactivité s'applique à toutes les fondations, même par acte entre vifs.

(1) M. I., p. 123-124.
(2) Cf. Gierke, *Personnengem.* dans *Bek. Beitr.*, p. 47.
(3) Kohler, *loc. cit.*, p. 289, 290.
(4) Pr. 594, 595.

II. Dans son application aux fondations testamentaires, l'art. 84 aura le sens que les Motifs attribuaient déjà à la formule de l'art. 62 § 3 P[1]. Il signifiera que, par rapport à l'institution d'héritier ou au legs faits au profit de la fondation, celle-ci, bien que non encore autorisée au décès, sera considérée comme existant déjà à cette époque : donc s'il s'agit d'institution d'héritier, il n'y aura pas lieu de traiter la fondation comme un héritier substitué, à la façon d'un héritier en sous-ordre, comme l'eût exigé l'art. 2101 ; de là, dans l'art. 2101 § 2, la référence faite à l'exception de l'art. 84. Et, s'il s'agit de legs, la dévolution, au lieu d'être reportée au moment où interviendra l'autorisation (art. 2178), avec assimilation de la situation intérimaire à celle dérivant d'une condition suspensive (art. 2179), se placera au décès.

Mais, lorsqu'il s'agit de fondation par acte entre vifs, l'application du texte devient plus délicate. Ce que l'on a certainement voulu prévoir par cette généralisation, c'est le cas où le fondateur, après avoir créé la fondation par un acte non encore approuvé par l'administration, fait au profit de la future fondation une disposition à cause de mort, à supposer que la succession vienne à s'ouvrir avant que l'approbation soit intervenue. On appliquera à cette disposition testamentaire, au profit de la fondation non encore actuellement existante, toutes les solutions prévues pour l'hypothèse qui précède ; et l'on comprend très bien l'utilité de la rétroactivité au point de vue des libéralités ainsi faites. Mais la généralité du texte paraît bien en exiger également l'application même pour les attributions patrimoniales contenues dans l'acte même de fondation ; et il s'agit cette fois d'un acte entre vifs (1). Si l'on eût appliqué le droit commun, il eût fallu considérer, dans ce cas, par rapport aux héritiers, le droit dévolu à la fondation comme un droit conditionnel, puisque la raison invoquée pour qu'il en soit autrement à l'égard du fondateur tant qu'il vit (2) est l'analogie tirée des dispositions testamentaires, et que, ces dernières cessant d'être révocables à partir de l'ouverture de la succession, l'obligation de l'héritier, à supposer, s'il s'agit de

(1) Cf. Zitelmann, *Das Recht der B. G. B.*, p. 74.
(2) Cf. note sous art. 82.

legs, que la dévolution en soit retardée jusqu'à l'arrivée d'un événement ultérieur, a le caractère d'une obligation conditionnelle (art. 2179) ; et, d'autre part, le transfert à la fondation des biens qui lui sont affectés, même s'il s'agit de droits transmissibles par simple convention, ne se réaliserait, d'après l'art. 82, qu'à la date de l'autorisation intervenue. D'après l'art. 84, l'obligation des héritiers à l'égard de la fondation sera censée, rétroactivement, comme ayant été pure et simple du jour du décès et les droits destinés à être acquis à la fondation, d'après l'art. 82, au jour de l'autorisation obtenue, lui auront été acquis du jour du décès. De sorte que, d'après l'art. 84, le caractère de l'obligation dérivant de l'acte de fondation et la date de transmission des droits qu'elle vise, ou du moins de ceux qui sont aliénables par convention, se trouvent modifiés suivant qu'il s'agit du fondateur ou de ses héritiers ; et rien n'est plus logique, lorsque le décès du fondateur rend en effet la fondation irrévocable au point de vue des héritiers.

Mais que décidera-t-on lorsque ceux-ci se trouvent encore investis du droit de révocation, par exemple parce que le fondateur n'avait pas présenté sa requête à fin d'autorisation (art. 81 § 2) ? Il est peu probable que, lors de la revision du second projet, on se soit rendu compte de cette difficulté. Planck, qui l'examine, croit encore possible d'appliquer à cette hypothèse le principe de rétroactivité, en faisant observer que l'administration ne pouvant intervenir que sur la demande des héritiers, puisque ceux ci gardent le droit de révocation, la rétroactivité ne s'appliquera que si ces derniers ont, au préalable, sollicité l'autorisation administrative, donc, s'ils ont implicitement renoncé à leur droit de révocation ; et Planck, invoquant par analogie l'art. 184, croit devoir appliquer, en pareil cas, la restriction admise par l'art. 184 en faveur des tiers, la rétroactivité ne devant pas être opposable à ces derniers, et les actes d'aliénation réalisés *ex intervallo* ne devant engager que la responsabilité personnelle des héritiers. On peut se demander, toutefois, si cette rétroactivité de l'art. 84, même ainsi appliquée et ainsi restreinte, au lieu de remonter au jour du décès, ne devrait pas se limiter, comme point extrême, au jour de la requête, puisque jusque-là le droit de révocation, soit partielle soit totale, existait pleine-

ment au profit des héritiers. Il est vrai que, même après présentation de la demande, ils gardent encore, puisqu'ils sont dans la situation où aurait été le fondateur lui-même, le droit de révoquer ; et alors l'application qui serait faite à cette hypothèse de l'art. 84 se présenterait comme une restriction au moins partielle du droit de révocation des héritiers, tel qu'il peut leur appartenir (1).

Sur ce point encore Hölder (2) se trouve en contradiction avec Planck, en ce qu'il admet bien, sans doute, que, par acte entre vifs, on puisse faire au profit de la fondation non encore approuvée des dispositions ayant le caractère de dispositions à cause de mort, comme on pourrait faire un legs à quelqu'un qui ne fût pas encore né au jour de l'ouverture de la succession, et cela de telle façon qu'une fois l'autorisation accordée la fondation soit censée, en ce qui touche ces dispositions à cause de mort, avoir existé dès avant le décès ; mais il rejette cette fiction de rétroactivité en tant qu'on voudrait lui faire produire effet par rapport aux dispositions entre vifs faites à la fondation. Par rapport à ces dernières, la fondation ne doit être considérée comme existante qu'à la date où elle existe réellement, c'est-à-dire au moment où l'autorisation administrative est devenue définitive.

Mais ce qui est certain, c'est que cette fiction de rétroactivité ne s'applique qu'à l'égard des attributions faites par le fondateur, et non aux libéralités provenant d'un tiers, par exemple, aux dispositions à cause de mort faites en faveur d'une fondation qui se trouverait n'avoir pas encore obtenu l'autorisation au jour du décès du testateur. Il faudrait appliquer ici sans restriction les art. 2101 et 2179.

III. Reste à indiquer les conséquences du refus d'approbation. L'art. 62, § 2 et 3 P[1] s'était exprimé sur ce point, suivant qu'il s'agissait de fondation par acte entre vifs ou par disposition à cause de mort. A l'égard des premières, il ne faisait cesser que l'irrévocabilité sans annuler l'acte de fondation, tandis qu'à l'égard des secondes c'est ce dernier qui était désormais considéré comme non avenu. Et, bien que la disposition de l'article 62 § 2 n'ait pas été reproduite pour ce qui est

(1) Pl. p. 122.
(2) P. 197.

des fondations par acte entre vifs, et cela parce que l'irrévocabilité à l'égard du fondateur ne précède plus jamais l'octroi de l'autorisation, les commentateurs acceptent en général la solution formulée par le premier projet (1). Il en est de même de la solution qu'admettait ce dernier par rapport aux fondations par disposition à cause de mort, bien que la disposition de l'art. 62 § 3 ne se retrouve pas davantage dans le texte définitif. Mais, cette fois, les travaux préparatoires indiquent que cette suppression n'a été votée que parce qu'il était inutile de déclarer que le refus d'autorisation emporterait nullité de l'acte de fondation ; et on en donne cette raison, un peu inquiétante pour la solution différente admise en matière de fondation entre vifs, que l'efficacité de l'acte de fondation étant subordonnée à l'autorisation, lorsque celle-ci vient à manquer, l'acte lui-même se trouve non avenu, comme s'il s'agissait d'une condition résolutoire. Le raisonnement ne pourrait-il donc pas s'appliquer de la même façon à l'acte de fondation entre vifs, puisque le seul texte, d'où l'on puisse déduire cette subordination de l'acte constitutif de la fondation à l'octroi de l'autorisation est l'art. 80, qui vise les deux catégories de fondations sans distinction ? A le prendre dans sa lettre, il paraît admettre, beaucoup plutôt l'indépendance des deux actes que la subordination de l'un à l'autre, ce qui devrait impliquer, pour les deux cas, maintien de l'acte créateur de la fondation, même après refus d'autorisation ; et alors, si cette solution, pour les fondations testamentaires, est inacceptable, devant l'explication donnée par la seconde commission (2), c'est pour les deux catégories qu'il faudrait admettre, au contraire, qu'il y eût annulation de l'acte de fondation. Mais il est peu probable que cette conséquence, tirée d'une expression peut-être un peu douteuse des travaux préparatoires, puisse prévaloir contre la distinction faite par le premier projet (3), et qui est loin d'avoir été combattue, au contraire, devant la seconde commission.

Aussi faut-il entendre l'acte de fondation, dont il est parlé

(1) Note sous art. 81.
(2) Pr., p. 594.
(3) M. I., p. 123.

aux travaux préparatoires (1), uniquement d'un acte testamentaire, comme l'indiquaient textuellement du reste tous les amendements que l'on avait en vue (2). Et c'est, en effet, du testament qu'il est vrai de dire que, lorsque son efficacité est subordonnée à la réalisation d'un événement ultérieur, la défaillance de cet événement vaut comme une condition qui l'annule ; car le testateur n'étant plus là pour abroger ou confirmer sa volonté, il est inadmissible qu'il ait entendu maintenir sa disposition, en quelque sorte à perpétuité, en vue des chances ultérieures qui pourraient se présenter de voir se produire à nouveau la condition qui s'est une première fois trouvée défaillir. Et Planck fait, d'ailleurs, très bien ressortir les inconvénients qu'aurait, pour le cas particulier, une incertitude de ce genre, pour les héritiers et autres intéressés (3), si l'on devait admettre que la disposition testamentaire subsistât, avec possibilité, à toute époque, de renouveler la requête auprès de l'administration et chance d'obtenir une seconde fois ce qui eût été refusé une première. Il est vrai qu'il eût fallu admettre, dans ce cas, que les héritiers reprissent le droit de révocation ; mais ils auraient pu se méprendre sur leur droit, et n'en pas faire usage, ou encore vouloir, au contraire, se réserver le droit de présenter une nouvelle demande, dans un but uniquement d'opposition politique.

Art. 85. — La Constitution de la fondation, en tant qu'elle n'est pas régie par des dispositions provenant de lois d'Empire ou de lois d'Etats, est fixée par l'acte même de fondation.

I. L'organisation constitutionnelle des fondations est matière de droit public (4) ; aussi, a-t-on entendu maintenir toutes les législations d'Etats à ce sujet. Il peut donc se faire que, soit dans une loi d'Etat (5), soit dans une loi d'Empire (6), il existe des dispositions impératives auxquelles la volonté privée du fondateur ne puisse pas déroger. Sauf cette réserve, c'est l'acte de fondation qui sert de statut à la fonda-

(1) Pr., p. 594.
(2) Voir par exemple *Amendement*, I, § 38, Pr., p. 594.
(3) Pl. § 84, 3, p. 122-123.
(4) Kohler, *loc. cit.*, p. 288.
(5) Cf. art. 87 et la note.
(6) Voir, par exemple, art, 86.

tion. Il avait été proposé, par voie d'amendement (1), de spécifier que le fondateur pourrait, par l'acte de fondation, attribuer à certaines personnes déterminées des droits relatifs à l'administration de la fondation, droits comparables à ceux dont il est parlé à l'art. 35, lorsqu'il s'agit d'association. Mais, il a été reconnu que la pratique n'avait jamais mis en doute pareille faculté, que le seul point qui ait fait difficulté était d'en définir le fondement théorique et de savoir si l'on devait en déduire, par analogie, la possibilité d'application des conceptions admises en matière de contrats pour autrui ; mais, ce point à part, lequel du reste n'avait pas à être élucidé dans le Code civil, la légitimité de la solution n'était pas douteuse. Aussi, a-t-on cru inutile de la viser par une disposition spéciale de la loi (2).

Art. 86. — Les dispositions de l'art. 26, de l'art. 27 al. 3, des art. 28 à 31 et 42 trouveront application correspondante en matière de fondations. Toutefois il n'en est ainsi des dispositions de l'art. 27 al. 3 et de l'art. 28 al. 1, que si, de l'organisation constitutionnelle de la fondation, et entre autre de ce fait que l'administration de cette dernière eût été confiée à une autorité publique, il ne résulte pas qu'il doive en être autrement. Les dispositions de l'art. 28 al. 2 et de l'art. 29 ne s'appliquent pas aux fondations dont l'administration est confiée à une autorité publique.

I. L'art. 86 applique aux fondations différentes règles relatives à la gestion de la fondation, et empruntées aux dispositions correspondantes admises en matière d'associations ; et ce rapprochement, en tant que source d'interprétation, peut être fécond en conséquences. Toutefois, et à un autre point de vue, on avait soulevé, devant la seconde commission, toute une série d'objections, qui se renouvelèrent pour chacune des applications qui furent proposées en cette matière, et empruntées à la matière des associations. On voulait faire exception pour le cas où la fondation, tout en étant créée à titre de personnalité indépendante, eût été faite au profit d'une personne morale publique, une commune par exemple, une université, un établissement public, ou encore pour le cas où, sans être faite par acte passé avec un établisssement de ce genre, elle dût être confiée à une administration publique à laquelle le fondateur en eût attribué la gérance et la direction, ce qui sera un cas,

(1) Pr., p. 597.
(2) Pr., p. 598.

sans doute, très fréquent. On pensait qu'en pareil cas, il n'appartenait pas à un Code de droit privé de tracer les règles relatives à la gestion ainsi confiée à une autorité publique, parce qu'elle devait rester dominée exclusivement par les dispositions du droit public spéciales à la matière, et que la gestion relative à la fondation ne devait pas différer, au point de vue des règles à lui appliquer, de celle organisée par les lois qui s'y rapportent pour l'administration, ou pour l'autorité publique à laquelle elle fût attribuée. Mais, comme la plupart des règles visées par l'art. 86 sont de nature dispositive et non impérative, ce qui implique qu'elles admettent toutes les dérogations provenant d'une manifestation contraire de volonté, et que cette dernière n'a pas besoin d'être expresse, il a été entendu qu'il serait parfaitement légitime, par voie d'interprétation, d'admettre exclusion des règles proposées, ou exception plus ou moins étendue à leur application, pour le cas de fondation confiée à une autorité publique, lorsqu'elles se trouveraient difficilement compatibles avec les pouvoirs attribués par le droit administratif à l'autorité ainsi chargée de la gérance de la fondation, et avec l'organisation de ces pouvoirs d'après le droit public spécial de chaque Etat.

II. La première règle à appliquer en cette matière (art. 26) est celle relative à l'obligation d'avoir une Direction. Et, sur ce point, il n'y avait pas à parler d'exception pour le cas de fondation confiée à une administration publique, puisque ce seul fait, par hypothèse, implique qu'il y a une Direction, celle-ci étant précisément l'autorité publique choisie par le fondateur. Mais l'art. 26 admet que les statuts puissent restreindre vis-à-vis des tiers l'étendue des pouvoirs de la Direction ; et il va de soi qu'il faut admettre, en dehors des statuts, toute autre restriction provenant de l'application des lois administratives de l'Etat, et cela par application de l'art. 85, et également celles qui, sans viser les fondations en général, ne s'appliqueraient, pour le cas de fondation confiée à une administration publique, qu'à la gérance de cette administration, telle qu'elle est organisée, d'une façon générale, par les lois de l'Etat. Ceci résulte du système d'interprétation qui a été exposé plus haut (1).

(1) Pr, p. 601.

La même observation devrait être faite pour ce qui est de l'application, par voie de référence à l'art. 27 § 3, des art. 664 à 670, puisqu'il s'agit ici encore de règles de nature purement dispositive; et si l'article 86 a cru devoir en cette matière faire une réserve expresse pour le cas de fondation confiée à une autorité publique, c'est peut-être qu'il aurait pu sembler plus difficile, d'après la rédaction même de l'art. 27, d'admettre, en pareil cas, une dérogation purement tacite. Enfin, il en a été de même de la disposition de l'art. 28 § 1, qui donna lieu, en effet, à une discussion assez vive devant la seconde commission ; de là, aussi, la réserve expresse mentionnée à cet égard dans l'art. 86. Il s'agit des règles applicables aux décisions à prendre par la Direction, lorsqu'elle se compose de plusieurs membres ; et l'on avait proposé, d'une façon générale, en matière de fondations, de revenir au principe de la décision collective, seule sauvegarde, disait-on, des intentions du fondateur, et seule interprétation conforme à sa volonté, là où il a désigné plusieurs personnes pour l'administration, au lieu du principe majoritaire admis pour les associations, et plus facilement acceptable, en effet, pour ces dernières, puisque, s'il dût conduire à des inconvénients, il pourrait toujours être supprimé après coup par une décision de l'assemblée générale. Mais les mêmes raisons de fonctionnement pratique, qui avaient fait admettre le principe majoritaire dans l'art. 28, militèrent pour son maintien dans l'art. 86, sauf à admettre plus largement encore la possibilité d'y déroger; aussi, cette fois également, voulait-on exclure expressément de cette application toutes les fondations confiées à une autorité publique. On considéra, cependant, qu'il suffirait, pour répondre aux objections présentées à cet égard, d'insister expressément sur les larges pouvoirs d'interprétation admis en cette matière; de telle sorte que, sans autre déclaration expresse ou tacite, il pourrait, s'il ne faut pas dire qu'il devrait, être admis que, du seul fait que l'administration chargée de la gérance fût régie par le principe de la décision collective, il y eût dérogation tacite à l'application de l'art. 28 § 1 (1). Et, d'ailleurs, il faut convenir que, dans cette hypothèse, comme dans la précédente,

(1) Pr., p. 602.

l'induction relative à l'exclusion des dispositions visées doit se tirer avant tout de la constitution même de la fondation ainsi confiée à une administration publique. Aussi, faut-il insister sur ce point que, par constitution ou organisation constitutionnelle, il faut entendre, non pas seulement l'acte statutaire émanant du fondateur, mais la constitution effective de la fondation telle qu'elle peut résulter, soit de l'acte de fondation, soit des lois d'Etats qui, d'après l'art. 85, peuvent s'imposer en cette matière. Si donc une loi d'Etat établissait, sur tous ces points, des dispositions toute différentes pour le cas de fondation administrée par telle ou telle autorité publique, il n'y aurait qu'à en faire l'application sans autre recherche d'intention.

III. Mais, tout au contraire, on a admis, pour les dispositions des art. 28 § 2 et 29, le principe de l'exclusion totale et impérative, en ce qui touche les fondations administrées par une autorité publique, faisant droit cette fois aux réclamations si vivement présentées devant la seconde commission. Pour ce qui est de l'art. 28, § 2, il s'agit de la règle, impérative cette fois, d'après laquelle, au cas de déclaration à faire à l'association, il suffit de l'adresser à un membre de la Direction, ce qui pouvait être difficilement admissible en matière d'administration publique, lorsque celle-ci est gérée par un conseil nombreux, comme ce serait le cas d'une commune par exemple ; aussi n'eût-il pas suffi d'admettre, en vue de cette hypothèse, une simple faculté de dérogation, avec présomption par voie d'interprétation de volonté, comme pour l'art. 28 § 1. On a cru plus sûr d'écarter absolument la disposition elle-même et de s'en remettre à l'application pure et simple des lois administratives spéciales sur la matière (1). A plus forte raison, devait-il en être ainsi de l'art. 29, qui donne au tribunal un droit de nomination intérimaire pour le remplacement des membres de la Direction qui viendraient à manquer ; il ne pouvait être question de faire nommer par justice les membres d'une administration publique. On s'en remet aux règles des lois administratives qui les concernent. Reste l'application de l'art. 30, pour

(1) Pr., p. 603-604.

lequel, à côté de l'acte de fondation, celui-ci constituant le statut de la fondation, il faut admettre toute disposition comprise dans les lois d'Etats (art. 85), relatives à la matière, et statuant dans les mêmes prévisions que l'art. 30.

IV. A l'inverse, la disposition de l'art 31, sur la responsabilité de la fondation, pour les délits et quasi-délits de ses gérants, garde son caractère impératif. Il y a là une disposition ayant le caractère de loi d'Empire, primant par conséquent toute disposition contraire des lois d'Etats, de telle sorte qu'elle ne pourrait être écartée ou atténuée par aucune des exceptions prévues à l'art. 85 ; et cette solution est en parfaite concordance, d'ailleurs, avec l'art. 89 § 1. Il en sera de même de la disposition de l'art. 42 : l'ouverture de la faillite devra constituer une cause de dissolution de la fondation, en dépit de toutes dispositions et de toutes lois d'Etats qui puissent s'y trouver contraires. Cette application impérative de l'art. 42, en tant qu'il s'agit de faire de la faillite une cause forcée de dissolution, résulte du changement de front admis seulement devant la commission du Reichstag en ce qui concerne la dissolution des fondations (1). Tous les projets successifs avaient considéré qu'il y avait là matière essentiellement réservée aux lois administratives des Etats particuliers. Et cependant, en dépit de cette conception et de ce principe général, maintenu par la seconde commission, on avait proposé de faire exception pour le cas de faillite, s'agissant cette fois d'une cause de dissolution touchant au droit privé, sans soulever d'appréciations qui dussent rentrer dans le domaine et la compétence des autorités administratives. Mais cette exception fut repoussée par la commission (2) ; on s'était contenté d'imposer, sous forme impérative, une disposition correspondant à celle qui forme actuellement le § 2 de l'art. 42, relative à l'obligation, de la part de la Direction, de provoquer l'ouverture de la faillite, ce qui impliquait qu'il n'en serait ainsi que pour les cas où les lois d'Etats admettraient la faillite comme cause de dissolution, conformément au procédé de rédaction de l'art. 89 § 2 (3). Ce

(1) Cf., art. 87.
(2) Pr., p. 604-605.
(3) Cf., art. 74 P² et art. 83 P¹.

fut donc seulement la commission du Reichstag qui, d'accord avec le changement de conception qu'elle venait d'admettre en matière de dissolution (1), proposa d'appliquer ainsi aux fondations les deux alinéas de l'art. 42, le premier comme le second (2).

Art. 87. — Lorsqu'il est devenu impossible de réaliser le but assigné à la fondation ou que cette dernière se trouve compromettre l'intérêt public, il appartient à l'autorité compétente de transformer le but de la fondation ou de supprimer la fondation elle-même.

Au cas de transformation, on doit se rapprocher autant que possible des intentions du fondateur, et faire en sorte, en particulier, que les revenus du fonds patrimonial restent attribués autant que possible à la catégorie de personnes auxquelles, d'après l'intention du fondateur, ils devaient profiter. Il est permis à l'administration de modifier le statut organique de la fondation dans la mesure où l'exige la transformation du but assigné à cette dernière.

Avant toute transformation du but ou modification du statut, la Direction de la fondation doit être entendue.

I. La question relative au droit de transformation ou de suppression des fondations avait été laissée, dans les différents projets, même pour le cas de faillite (3), à la réglementation particulariste des Etats ; et ce point avait été formellement exprimé par un art. 85 de la Loi d'introduction, seconde rédaction. La commission du Reichstag considéra, au contraire, puisqu'on admettait bien une réglementation unitaire pour le cas de dissolution des associations, ou plutôt lorsqu'il s'agit de retrait de capacité (art. 43), matière qui touche essentiellement au domaine du droit public de chaque Etat, qu'il n'y avait pas de raison pour qu'il n'en fût pas de même en matière de suppression des fondations, devenues inutiles ou dangereuses (4). Aussi l'ancien art. 85 de la Loi d'introduction fut-il supprimé et remplacé par le nouvel art. 87 du Code civil. Il est vrai que l'on dut, précisément parce qu'on voulait s'en tenir aux causes susceptibles seulement de répondre aux traditions de tous les Etats de l'Empire, adopter une formule assez vague et

(1) Cf., art. 87.

(2) Dans le rapport de la commission il est fait allusion aux art. 83 et 39 P¹, lesquels correspondent aux art. 86 et 42 actuels, (Ber, p. 19).

(3) P. 92.

(4) § 88-1, p. 125.

assez sommaire. Le cas où il y eut impossibilité de réalisation du but initial ne pouvait soulever aucun doute ; mais il n'en était plus de même du droit de suppression laissé à chaque Etat pour le cas d'atteinte à l'intérêt public. Cela peut justifier tous les arbitraires. Aussi avait-on proposé un amendement en vue d'écarter cette cause de suppression ou de transformation. Mais les Représentants des Etats s'y opposèrent formellement; et la formule fut maintenue dans son intégrité. Si vague, et par suite si large, qu'elle soit à ce point de vue, elle peut se trouver à d'autres bien étroite et bien insuffisante ; par exemple, comme Eck l'a fait remarquer, lorsqu'il y aurait accroissement excessif, ou réduction imprévue, des personnes entre qui dussent se partager les revenus du fonds d'affectation, de telle sorte que la part de chacun fût réduite à l'excès, dans le premier cas, ou augmentée, dans le second, de façon à ne plus répondre aux intentions du fondateur. Il faudrait donc, dans toutes ces hypothèses, par une interprétation large, admettre qu'il pût y avoir impossibilité de réaliser le but initial et droit à transformation ou à suppression. Mais on conçoit qu'il doive y avoir là une source de grosses difficultés. Quant à la désignation des autorités compétentes, et à la procédure à suivre, ou encore aux voies de recours possibles contre la décision de l'administration, tous ces points restent de la compétence des Etats. Et cependant, malgré cette réglementation unitaire de l'art. 87, Planck fait remarquer (1) qu'il restera place, grâce à l'art. 85, pour une réglementation particulariste en cette matière, au moins par voie indirecte. Il est certain, en effet, que, si l'acte de fondation prévoit certaines causes spéciales de suppression, il y aurait lieu de s'en tenir, sur ce point, aux dispositions statutaires ainsi imposées par le fondateur (art. 85), sauf, bien entendu, si, au lieu de prévoir certaines causes spéciales, celui-ci eût voulu déroger à l'art. 87 en écartant celles qu'il établit. Mais, comme, d'autre part, l'art. 85 réserve l'application des lois d'Etats relatives à la constitution des fondations, si certaines lois d'Etats exigeaient que la constitution de ces dernières impliquât certaines causes spéciales de suppression, en dehors

(1) Note sur art. 86.

(1) Ber., p. 19.

de celles de l'art. 87, il y aurait lieu d'y faire droit, en vertu même de l'art. 85.

II. Resterait à se demander, lorsqu'il y a transformation de la fondation, et bien que l'art. 87 ne fasse pas une obligation formelle de respecter les attributions fixées par le fondateur, s'il ne saurait pas y avoir, au profit de certaines personnes, de véritables droits particuliers, que l'on ne pût modifier ou écarter, droits analogues à ceux dont parle l'art. 35 en matière d'associations ; et, si on l'admet, il resterait à préciser à quelles conditions il y aurait lieu de reconnaître l'existence de droits de ce genre (1).

Art. 88. — Lorsque la fondation prend fin, son patrimoine est dévolu aux personnes désignées dans l'acte constitutif de la fondation. Les dispositions des art. 46 à 53 recevront application correspondante.

Cette disposition est empruntée au premier projet (art. 61 P[1]), lequel appliquait aux fondations l'art 49 P[1] relatif à la dévolution éventuelle du patrimoine au cas de dissolution d'une association, l'attribuant d'abord aux bénéficiaires désignés dans les statuts, et, à défaut de désignation de ce genre, à ceux qui seraient indiqués par les lois de l'Etat. Mais, devant la seconde commission, on considéra que l'application des lois de l'Etat, en tant qu'il s'agirait de lois impératives, devait l'emporter sur toute désignation statutaire qui s'y trouverait contraire ; aussi, au lieu de viser l'acte statutaire, tel qu'il émane du fondateur (2), on exigea de s'en référer à la constitution, ou acte constitutif, de la fondation, en prenant le mot au sens qu'il a dans l'art. 85, c'est-à-dire l'acte constitutif, non pas forcément tel qu'il émane du fondateur, mais tel qu'il se trouve conforme aux lois de l'Etat sur la constitution des fondations (3) ; ce qui veut dire que toutes les lois d'Etats sur l'attribution impérative des patrimoines de fondation se trouvent réservées. Et il faut remarquer que, parmi les désignataires possibles, soit de la part du fondateur, soit de la part des lois d'Etats, pourrait se trouver une autre fondation, poursuivant un but à peu près similaire ; cette prévision avait même fourni devant le Reichstag une objec-

(1) Gierke, *D. Priv. R.*, I. p. 536 et Stintzing, *loc. cit.*, p. 413, note 47.
(2) Cf. le texte initial proposé devant la seconde commission, Pr., p. 489, § 41
(3) Art. 85 ; Cf., Pr. p. 599, 3 *b*)*a* et p. 605.

tion assez sérieuse contre le droit de transformation accordé à l'administration. On avait paru craindre que, dans le cas où il y eût vraiment lieu à suppression, faute de réalisation, par exemple, du but assigné par le fondateur, l'administration, au lieu de prononcer la suppression, ce qui aboutirait à faire passer les biens dans le patrimoine de la fondation disignée, se contentât de substituer au but initial celui-là même de la fondation attributaire, de façon à priver cette dernière de la dévolution fixée par le fondateur. Il fut répondu, il est vrai, que, si cette transformation était opérée dans des conditions qui fussent en opposition manifeste avec la volonté du fondateur, elle ne serait pas valable. Et la commission du Reichstag ne crut pas devoir tenir autrement compte de l'objection (1). Toutefois, il faut remarquer que l'art. 88 ne renvoie pas à la disposition de l'art. 45 § 3, d'après lequel, pour les associations, à défaut de désignation par les statuts ou par les lois de l'Etat, le patrimoine échoit au fisc ; il se contente d'appliquer, pour le cas où le fisc se trouverait désigné, la disposition subséquente de l'art. 46 qui vise cette hypothèse. Mais, à défaut de disposition expresse, cette attribution subsidiaire n'est pas imposée par la loi ; ce qui d'ailleurs est d'un intérêt à peu près théorique, car il est peu probable que les lois d'Etats ne doivent comprendre aucune disposition sur ce point (2).

III. — Des personnes juridiques du droit public

Art. 89. — Il y aura lieu de faire application correspondante des dispositions de l'article 31 au fisc, de même qu'aux corporations, fondations et établissements de droit public.

Il en sera de même des dispositions de l'article 42, alinéa 2, en tant que s'agissant de corporations, fondations et établissements de droit public, la procédure de faillite pourra leur être applicable.

I. La question devait se poser forcément de savoir si les règles tracées par le Code civil en ce qui concerne les personnes juridiques s'appliqueraient à toutes les personnes civiles, qu'elles soient considérées comme appartenant au

(1) Ber., p. 19.
(2) Pl., p. 125.

domaine du droit privé, ou à celui du droit public. Sans doute, il ne pouvait être question de soumettre aux règles d'un code de droit privé tout ce qui pouvait toucher aux modes de création des personnes morales publiques pas plus qu'à leur organisation administrative : ce sont des points qui rentrent forcément dans le droit public de chaque Etat. Mais, une fois ces personnes morales du droit public supposées existantes, c'est-à-dire instituées et organisées conformément aux règles du droit public de chaque Etat, du moment qu'il s'agissait, en tant qu'on leur reconnaît la personnalité, de leur fonctionnement patrimonial, et par suite du moment qu'il s'agissait de leurs intérêts de droit privé, on pouvait se demander, si, en dehors des règles administratives, il n'y avait pas lieu de leur appliquer les règles de gestion privée, admises par le Code civil pour toutes les personnes juridiques en général, et par exemple toutes celles concernant les questions de responsabilité et de liquidation.

Or, cette assimilation avait été dans la pensée du premier projet, au moins en ce qui concerne les corporations et associations : toutes les règles les concernant étaient formulées de la façon la plus générale ; et il était entendu qu'elles devaient s'appliquer sans qu'il y eût à distinguer suivant qu'il s'agirait d'une corporation, ou communauté, de droit public, ou d'une association de droit privé. Le départ entre les règles d'organisation administrative laissées au domaine du droit public et les règles de gestion privée rentrant dans celui du droit privé était d'autant plus facile à établir que le premier projet renvoyait au droit particulariste, donc aux législations d'Etats, tout ce qui concernait les conditions relatives à l'acquisition de la personnalité et de la capacité juridique, quel que soit le caractère de l'association érigée en personne morale. Pour les dispositions, au contraire, relatives à la gestion du patrimoine, et en particulier pour celles relatives à la liquidation, il n'y avait plus de raison pour ne pas les étendre à toutes les personnes morales sans distinction. Toutefois, il semble bien résulter de la façon dont s'exprimaient les Motifs (1) que cette assimilation n'était implicitement admise que pour la

(1) I., p. 82.

catégorie des corporations et associations ; tous les articles relatifs aux fondations, visant par voie de disposition expresse les fondations érigées par acte privé, écartaient par là même de leur application les fondations et établissements de droit public (1). Cette distinction du premier projet pouvait donc susciter certaines difficultés en ce qui concerne le fisc, puisqu'on se demande, à un point de vue presque exclusivement théorique, d'ailleurs, s'il constitue une corporation, ou une fondation, et que beaucoup d'auteurs sont même d'avis qu'il ne soit ni l'une ni l'autre, et qu'il forme une catégorie à part (2). C'est ce qui explique la mention spéciale faite par l'article 63 du premier projet relativement au fisc.

Devant la seconde commission il sembla que ce fût, au contraire, dans le groupe corporatif que l'assimilation, au moins faite en bloc, dût être principalement écartée. Ce renversement de conception tenait surtout à ce que l'on venait d'admettre le principe d'une réglementation unitaire, par le Code civil lui-même, en ce qui touche les conditions d'acquisition de la personnalité. Mais cela tenait aussi à ce que, matériellement et en fait, il est plus facile de distinguer une corporation, personne morale de droit public, d'une corporation ou association, personne morale de droit privé. Peut-être la distinction, en effet, serait-elle autrement difficile à faire dans le domaine des fondations ; car on peut se placer, en cette matière, et en tant qu'il s'agit d'admettre un critérium de distinction, beaucoup moins au point de vue de l'origine et du mode de constitution de la fondation, qu'au point de vue de son objet et de son but. Une fondation érigée par un particulier peut avoir pour but de pourvoir à des intérêts généraux rentrant dans la fonction de l'Etat ; une fondation d'école par exemple, un hôpital et autres établissements de cette catégorie. Comment donc distinguer si une fondation de ce genre appartiendrait encore au domaine du droit privé ou si elle ne passerait pas plutôt dans celui du droit public ? Aussi semblait-il difficile, en cette matière, tout au moins, d'admettre des règles différentes pour le domaine du droit public et celui du droit privé.

(1) Cf. Leonh, 133.
(2) Cf. Leonh., 134.

Logiquement, pour faire droit à ces observations, il aurait fallu, contrairement à ce qu'avait fait le premier projet, admettre l'assimilation en bloc en matière de fondations et la repousser en matière de corporations.

Cette distinction d'un nouveau genre parut cependant aussi inacceptable que celle faite, en sens inverse, par le premier projet. On fut d'avis d'admettre un seul et même système, qu'il s'agisse de corporations ou de fondations. Seulement quel serait ce système? Serait-ce le principe de l'assimilation totale, ou celui d'une assimilation partielle, ou le système enfin d'une mise à l'écart absolue de toutes les dispositions du Code civil, à l'égard des personnes juridiques du droit public ? Le principe de l'assimilation totale parut impossible, en tant qu'il impliquait encore forcément une distinction à faire en ce qui toucherait aux règles de constitution et d'organisation, lesquelles ne pouvaient être que des règles de droit public et administratif, et ce qui toucherait aux règles de gestion patrimoniale proprement dites : fallait-il laisser à la doctrine et aux tribunaux le soin de faire cette sorte de sélection parmi les dispositions du Code civil ? C'était bien délicat et c'était ouvrir la voie à bien des difficultés. On fut d'avis que cette appréciation devait être faite par la loi elle-même ; et que c'était au Code civil à énumérer limitativement celles des dispositions admises pour les personnes morales du droit privé qui s'imposeraient encore en ce qui concerne les personnes morales du droit public. C'est le principe de l'assimilation partielle, fondée sur un système d'énumération légale, et non sur un principe de sélection, dont le développement et les applications seraient laissés à l'appréciation des tribunaux.

II. Il en résulte, puisque, sur tous les autres points réglés par le Code civil, l'assimilation n'est plus forcée et que la réglementation doit être faite conformément au droit public et administratif de chaque Etat, qu'il y aura lieu désormais de distinguer dans chaque groupe, qu'il s'agisse de fondations ou d'associations, entre les personnes morales de droit privé et celles de droit public. Le Code civil n'impose à ce point de vue aucun criterium de distinction ; ce n'est pas là, d'ailleurs, une matière qui rentre dans son domaine. Il semble bien

seulement qu'en matière de fondations il admette le criterium généralement adopté, se référant à l'origine et au mode de constitution de la fondation : la fondation privée serait celle érigée par acte privé, et la fondation publique celle qui serait créée par un acte de la puissance publique (1). Il est peu probable, du reste, que ce criterium, indiqué seulement dans les comptes rendus de la seconde commission, doive forcément s'imposer. Il semble bien, sans doute, que ce soit celui qui offre le moins de prise à l'arbitraire et qui soit le plus respectueux des droits individuels. Mais, si la jurisprudence cependant venait à changer sur ce point, il serait difficile de dire qu'elle se mît en opposition formelle avec la loi. Du reste, dans le Protocole lui-même, on fait une réserve pour le cas où une fondation, même créée par un particulier, serait rattachée à un organisme faisant partie du droit public. Ainsi, une fondation faite au profit d'une commune, à titre de fondation indépendante sans doute, mais faite cependant à la commune, et de même une fondation rattachée à un organisme religieux rentrant dans le droit public de l'Etat, toutes ces fondations seraient du domaine du droit public, comme l'organisme dont elles auraient à dépendre.

III. L'art. 89 a donc pour but d'indiquer, d'après le système d'assimilation partielle qui vient d'être exposé, quelles seraient, parmi les dispositions des sections précédentes, celles qui s'appliqueraient aux deux catégories de personnes juridiques; et, dans cet ordre d'idées, au lieu de parler d'application aux personnes morales du droit public en général, il fait une énumération comprenant le fisc, les corporations, fondations et établissements de droit public.

La mention du fisc était nécessaire, à cause des systèmes qui veulent lui faire une place à part, sans qu'il y ait à le faire rentrer dans aucun des trois autres groupes. On a souvent, en effet, considéré le fisc comme une sorte de fondation indépendante, constituant une personnalité juridique qui ne se confonde pas avec la personnalité de l'Etat : il s'agirait d'une fonction distincte, ayant un fonds d'affectation distinct, et consti-

(1) Pr., 585-586.

tuant une personne juridique à part. Cette idée de fondation ou d'établissement, en tant qu'elle s'applique au fisc, semble bien n'être plus en faveur dans les conceptions modernes. On considère plutôt aujourd'hui que le fisc ne se distingue pas de l'Etat lui-même ; qu'il ne serait, comme disait Gierke (1), qu'une des faces de la personnalité de l'Etat. Ce serait l'Etat agissant dans la sphère du droit privé, comme sujet de droits. Il n'y a donc pas à faire intervenir une sorte de personnalité privée qui agirait pour le compte de l'Etat en vue de sa gestion patrimoniale ; il n'y a qu'une personne publique indépendante et souveraine, agissant avec la même qualité et les mêmes caractères dans toutes les directions où s'exerce son activité. On comprend donc, si le fisc ne peut avoir, ni le caractère d'une fondation avec affectation particulière, ni le caractère d'un établissement public, distinct de la personne de l'Etat, qu'il soit également très difficile de se le représenter comme une collectivité personnifiée, comme une corporation publique, à moins d'appliquer cette conception à l'Etat lui-même. Bref, pour échapper à toutes ces difficultés doctrinales, on a cru plus sûr de mentionner le fisc, en lui faisant une place à part dans le texte de l'art. 89. Mais, bien entendu, il faut entendre par là aussi bien le fisc des Etats particuliers que le fisc impérial, comme cela ressort d'ailleurs de l'art. 395, en ce qui touche les conditions d'admissibilité de la compensation pour les créances ressortissant à une caisse publique.

Pour ce qui est des corporations publiques, il y aura lieu de comprendre dans cette catégorie, outre les communes et les municipalités, les cercles administratifs et les provinces, toutes les associations rentrant dans le droit public. Et il n'y a pas à distinguer, en ce qui touche ces associations de caractère public, économique ou agraire, si l'on doit les ranger parmi les corporations proprement dites, ou leur appliquer les caractères de la communauté germanique, telles qu'ils correspondent à certaines théories historiques.

Gierke, par exemple, a soutenu que la communauté germanique, sans être absolument une simple indivision constituée sous le régime de la communauté en main commune (2), n'a-

(1) *D. P. R.*, 475-476.
(2) Cf. note sur l'art. 54.

vait pas cependant le caractère attribué par le droit romain à la corporation personnifiée. Il y aurait donc là quelque chose d'intermédiaire entre la communauté indivise, à proprement parler, et la corporation proprement dite. Ce serait une personne collective, existant comme personne réelle, à la fois dans son unité et dans sa collectivité. Il est bien certain, en effet, qu'une association organiquement constituée forme une entité qui existe réellement. Ce n'est pas par une abstraction, ou une fiction de l'esprit, que s'établit un lien, et comme une sorte de rapport d'association, entre chacun des membres qui composent la collectivité. Comment pourrait-on soutenir qu'une réunion de personnes formant une communauté permanente, une troupe en marche par exemple, des hommes vivant en commun, ne constitue pas une réalité qui se distingue, dans la sphère de la communauté sociale, de toute autre collectivité et à plus forte raison des autres individualités ? S'il en est ainsi de ces collectivités qui forment un tout en quelque sorte matériel, est-ce une raison, parce que le lien extérieur et visible s'est atténué dans les associations proprement dites, syndicats agricoles, par exemple, et sociétés de toutes sortes, constituées en Allemagne en vue de certains buts économiques, ruraux ou forestiers, pour que la collectivité se présente comme un phénomène d'une réalité positive moins intense ? Peut-on faire dépendre cette réalité de personnification d'un criterium purement apparent, tel que le groupement extérieur, matériel et visible ? La personne collective apparaît, dans le domaine du droit, comme une réalité, distincte sans doute, mais tout aussi pleinement existante, que la personne individuelle. Et, s'il faut, pour la concevoir, un certain effort d'abstraction, cet effort n'est pas plus considérable que celui qu'exige l'idée même de personnalité juridique, lorsqu'on l'applique à l'individu pris isolément. Ce qui impliquerait vraiment un effort d'abstraction, et une conception artificielle et fictive, ce serait de décomposer et de dénaturer cette entité collective, pour ne voir que les individus qui la composent, et se représenter à l'esprit une juxtaposition d'individus sans lien qui les unisse, en dehors de ce pur phénomène juridique accidentel d'un patrimoine commun. Des individus qui s'unissent pour agir, qui s'organisent en vue d'une direction unitaire, et pour faire surgir une volonté com-

mune, ne se présentent plus, dans la sphère du droit, comme des individus isolés ; ils se présentent, ce qu'ils sont dans la réalité, comme inséparables les uns des autres, et comme unifiés dans leur collectivité. Ces collectivités apparaissent comme une personne formant un sujet de droit, aussi bien que l'individu, dans son unité, apparaît comme un sujet de droits : patrimoine de collectivités, patrimoine d'individus, ce sont les deux phénomènes de la vie juridique, telle qu'ils se présentent dans la réalité des choses.

Ce n'est pas ici le lieu d'analyser la conception sous laquelle Gierke aperçoit et analyse cette entité de la personne collective ; et ce n'est pas le lieu non plus de montrer en quoi il la considère comme distincte de la corporation proprement dite, laquelle fait disparaître l'idée des individualités qui la composent, pour ne laisser place qu'au lien social et unitaire qui les domine. Mais, ce qu'il importait de bien spécifier, c'est que, quelles que soient les théories admises à cet égard, l'art. 89, en parlant de corporations, a entendu comprendre sous ce terme toutes les associations, sociétés, syndicats et communautés constitués sur le terrain du droit public en vue d'intérêts généraux placés sous la haute direction de l'Etat ou de l'administration. Il en sera ainsi de toutes ces sociétés réglementées par le droit public des Etats, telles que les sociétés constituées pour l'entretien des digues, pour le drainage des eaux, pour la protection des forêts, et tant d'autres de cette catégorie.

Quant aux corporations religieuses, on a déjà vu sous quelles conditions, et dans quelle mesure, elles font partie du droit public de l'Etat (1). Ce caractère s'applique sans hésitation à tous les groupements religieux de caractère administratif, admis comme organismes faisant partie de la constitution officielle de chacun des cultes reconnus par l'Etat, par exemple, pour ce qui est de l'Eglise catholique, les diocèses et les paroisses. Mais on a vu que la question pouvait être beaucoup plus discutable pour les corporations religieuses ne rentrant plus dans la hiérarchie officielle d'une Eglise nationale, et constituant, dans l'Eglise elle-même, des associations de carac-

(1) Note sous l'art. 21.

tère indépendant, soumises sans doute à la discipline ecclésiastique, mais vivant à part et en marge en quelque sorte du corps administratif de l'Eglise. Ce pourrait être le cas des congrégations religieuses, ou de certaines d'entre elles ; et il n'y aurait guère d'hésitation à admettre qu'il en fût ainsi des associations ou confréries religieuses composées de laïcs. Mais toutes ces questions dépendent du droit public de chaque Etat ; et l'on comprendrait fort bien qu'un Etat particulier, un Etat catholique par exemple, admît que tous les corps acceptés par l'Eglise comme érigés canoniquement en communautés, associations ou congrégations, fussent considérés comme des organismes se rattachant à l'Eglise, et qu'ils fussent, comme elle l'est elle-même, des corporations de droit public.

Une autre question, qui ne présenterait, d'ailleurs, aucun intérêt pratique, au point de vue de l'application de l'art. 89, serait de savoir si certaines de ces corporations religieuses ne constitueraient pas des établissements ou instituts ecclésiastiques, plutôt que des collectivités de personnes, et corporations proprement dites. Mais le problème serait, sur ce point, tout à fait dénué d'intérêt, puisque l'art. 89 place sur la même ligne corporations publiques et établissements publics.

Il faut remarquer, enfin, que, sur ce terrain du droit public, l'art. 89 revient à la triple classification, généralement admise jusqu'alors, entre corporations ou associations, établissements et fondations. C'est qu'on a fait remarquer que certains instituts, tels que les universités par exemple, étaient classés, tantôt parmi les corporations, tantôt parmi les établissements, et qu'il serait difficile, à moins de dénaturer tout à fait les habitudes de langage courant, de les ranger parmi les fondations (1).

IV. Les classifications et distinctions qui précèdent n'ont d'importance que dans la mesure où il s'agit de séparer les personnes juridiques publiques des personnes morales de droit privé. Il n'y a plus à cela aucun intérêt, en tant que l'on vise, au contraire, les dispositions communes aux unes et aux autres, celles qui, d'après l'art. 89, devraient s'imposer dans tous les cas. Or, parmi toutes les dispositions admises comme

(1) Cf. Pr., 611 ; Endem., § 48, note 6, p. 217 et Leonh., 135.

formant le droit commun en matière de personnalité juridique, l'art. 89 n'en signale que deux comme soumises à ce principe d'assimilation ; et encore l'une d'elles ne présentera qu'un domaine d'application bien restreint, celle de l'art. 42 § 2, sur l'obligation de provoquer la faillite au cas d'insolvabilité. Cette extension suppose que, s'agissant d'une personne morale publique, la faillite soit possible.

Reste donc une seule règle d'assimilation vraiment importante, et celle-là, en effet, très importante, celle de l'art. 31 sur la responsabilité en matière délictuelle. Et l'on sait que, si l'on exige encore, sur l'art. 31, que celui qui a commis le délit réalise en lui-même les conditions subjectives de la responsabilité, et par suite qu'il soit lui-même en faute, on supprime toute idée de faute en ce qui touche la personne juridique dont la responsabilité est engagée. S'agissant d'un délit commis par un de ses agents, ou plutôt par un de ceux qui la représentent, il n'y a pas à se préoccuper de savoir si les gérants de l'association ou ceux qui en constituent la Direction avaient pu prévoir la faute ainsi commise. Il n'y a pas davantage à se demander s'il n'y a pas eu négligence à confier telle ou telle mission à telle personne déterminée. La responsabilité de la personne juridique, en tant qu'il s'agit d'elle, est une responsabilité purement objective. Mais cela suppose que la faute incombe à un de ceux qui la représentent comme organe de la personne morale elle-même, que le délit soit commis par conséquent par une des personnes désignées à l'art 31. S'il s'agit du délit d'un simple employé, n'ayant pas qualité pour engager la collectivité, on reviendrait à l'application de l'art. 831 sur la responsabilité pour autrui. La personne juridique, ainsi poursuivie, pour le délit d'un de ses employés, ne serait censée responsable que si elle-même fût en faute ; elle pourrait donc se disculper en prouvant l'absence de faute, à condition d'établir qu'il n'y avait de faute, ni dans l'acte commis, ni dans le choix de l'agent qui l'a commis (1). Tels sont les principes établis sur l'art. 31 (2). Et par conséquent il faudra avoir bien soin de délimiter,

(1) Sur ce dernier point, voir la seconde édition de mon livre sur l'*Obligation dans le projet de Code civil allemand*, (éd. 1901), p. 415, note 2.

(2) Cf. *Bull.* 1906, p. 159.

par rapport aux personnes morales publiques, quels sont les agents ou fonctionnaires qui la représenteront et qui l'engageront au sens de l'art. 31. On a voulu faire allusion par là à la théorie de Gierke sur les organes corporatifs. L'organe est celui qui exprime la volonté corporative ; il se distingue de l'agent ou de l'employé, qui n'a aucun caractère représentatif de cette nature et qui n'exprime que sa volonté à lui, tout en représentant autrui. Il faudra par suite s'en rapporter aux règles du droit public pour savoir quels seront les fonctionnaires ayant cette qualité. Ce seront avant tout, dès qu'il s'agira d'une personne morale publique ayant une Direction ou un conseil de Direction au sens de l'art. 31, tous ceux qui rentreront dans les catégories visées par cette dernière disposition. Mais la plupart des corporations de droit public auront une organisation très différente de celle que suppose l'art. 31 : elles seront régies par des administrateurs nommés par l'Etat ; et c'est à ces administrateurs et aux fonctionnaires ayant ainsi la qualité d'administrateurs publics que s'appliquera la disposition de l'art. 31. Aussi on a fait remarquer qu'un agent, ou même un fonctionnaire administratif, qui serait chargé de fonctions purement techniques, n'aurait pas ce caractère représentatif de la volonté corporative exigé pour faire de lui un organe proprement dit : ce serait le cas, par exemple, d'un architecte chargé de l'entretien des monuments publics (1). La personne morale dont il dépend, fisc, province, municipalité, ne répondrait des délits commis par l'architecte préposé par elle au soin des monuments dont elle a la garde, ou dont elle est propriétaire, que sous les conditions de l'art. 831, et non d'après l'art. 31.

V. Faut-il dire enfin que, s'agissant d'un fonctionnaire ayant la qualité d'organe corporatif, la responsabilité de l'article 31 s'imposera, quelle que soit la nature de l'acte duquel dérive le délit civil qui lui soit reproché ? Il semblerait bien, à ne faire que rapprocher l'article 31 de l'article 89, qu'aucune distinction n'ait été admise sous ce rapport et que la respon-

(1) Cf. Rümelin, *Die Gründe der Schadenszurechnung*, p. 86 ; Gierke, dans *Ihering's Jahrbücher*, t. XXXV, p. 234, 239 ; Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, § 57, note 6, p. 272.

sabilité de l'Etat, ou de l'administration publique constituant une personne morale indépendante, doive se trouver engagée même par un acte de puissance publique, par un acte de souveraineté. Il n'y aurait pas à distinguer suivant que le fonctionnaire agirait dans l'intérêt privé de l'Etat ou comme représentant de la souveraineté et de la puissance publique. Et cette assimilation répondrait d'ailleurs assez bien à la conception que la doctrine moderne tend à se faire du fisc, considéré, non plus comme une personnalité distincte de l'Etat, personnalité restreinte à tout ce qui concerne la gestion des intérêts privés, mais comme n'étant autre chose que l'Etat lui-même, dans son unité, et son indivisibilité, agissant comme sujet de droits, et par suite comme passible d'obligations (1). Il semblerait donc qu'il dût y avoir à ce point de vue unité de responsabilité, sans distinguer d'après le caractère et la nature des actes d'où pût dériver le délit imputé au fonctionnaire ; et devant la seconde commission on avait même présenté un amendement en ce sens. Il est vrai qu'il restait alors une question qui n'était pas résolue, celle de la définition même et celle également des conditions du délit. Car, lorsqu'il s'agissait d'un acte de puissance publique, il ne pouvait y avoir délit, au sens privé du mot, que s'il y avait eu abus de pouvoir ; et alors qui donc en serait juge? Seraient-ce les tribunaux ordinaires? Ou devait-on réserver sous ce rapport les lois des Etats particuliers, en tant qu'elles soumettaient à certaines conditions spéciales, et tout au moins à certaines juridictions spéciales, la question de responsabilité des fonctionnaires. Les auteurs de l'amendement étaient bien de cet avis ; mais alors, comme ils admettaient une responsabilité unique, il leur fallait accepter la délimitation de responsabilité, empruntée au droit public des Etats, même pour les actes de gestion privée : n'était-ce pas compromettre étrangement l'application de l'article 31 en cette matière (2) ? Aussi la seconde commission se décida-t-elle à maintenir la distinction traditionnelle, relative aux actes de souveraineté et de puissance publique ; il fut décidé que les questions de responsabilité qui s'y référaient, désor-

(1) Cf. sur tous ces points, Gierke, *D. Priv. R.*, p. 476 ; Jellinek, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, p 63.

(2) Cf., *Bullet.* 1900, p. 152, 153.

mais soustraites à l'application générale de l'article 31, rentreraient dans le domaine du droit public particulariste : ce point a été expressément réservé par l'article 77 de la Loi d'introduction. Mais cette disposition a bien soin cette fois de ne réserver les lois d'Etats en cette matière que lorsqu'il s'agira de la responsabilité se rattachant à un acte de puissance publique. Aucune loi d'Etat ne pourrait venir limiter cette responsabilité, en restreindre les conditions, ou qualifier différemment la conception du délit civil, lorsque celui-ci dériverait d'un acte de gestion privée (1). Sur ce dernier point l'article 89, comme l'article 31, constituent des dispositions impératives, qu'aucune loi d'Etat ne saurait écarter (2).

VI. Il reste, pour résumer toute cette théorie des personnes juridiques dans le droit allemand, et celle, en particulier, des personnes morales de droit public, à rappeler, en condensant

(1) Art. 77 L. intr. Cf. Pr., 611 et Pl. t. VI, p. 162 (sur art. 77 L. intr.).

(2) Il importe de ne pas confondre la question de savoir quand et à quelles conditions la responsabilité de l'État se trouvera engagée pour un délit commis par un de ses fonctionnaires avec la question relative à la responsabilité personnelle du fonctionnaire lui-même. On aurait parfaitement pu comprendre, au moins lorsqu'il s'agit de pures négligences, et surtout si l'on eût admis une responsabilité de l'Etat pour les actes de puissance publique, que l'Etat seul fût responsable, sans que la partie lésée pût s'en prendre au fonctionnaire lui-même. C'eût été à l'Etat seul de supporter le risque des actes émanant de ceux qui ont l'exercice de la puissance publique, sauf pour le cas d'acte délictuel proprement dit. Tel n'est pas le système de l'art. 89, lequel ne fait que reproduire celui de l'art. 31 ; et l'art. 31 exige, pour qu'il y ait responsabilité de la personne juridique, qu'il y ait un délit civil commis par celui qui ait agi en son nom, et délit civil l'obligeant personnellement à réparation. Seulement, à l'inverse, on peut donc parfaitement comprendre, si l'on entre dans cette voie, que l'Etat ne soit pas toujours forcément responsable pour tout délit civil de l'un de ses agents, et chaque fois que la responsabilité délictuelle de l'un de ses fonctionnaires se trouvera en jeu. C'est ainsi que la distinction, admise sur l'art. 89, en ce qui touche les actes de gestion privée et les actes de puissance publique, distinction qui vise uniquement les conditions d'admissibilité de la responsabilité de l'Etat, peut parfaitement ne plus s'étendre au domaine tout différent de la responsabilité individuelle du fonctionnaire : il s'agira, sur ce dernier point, de savoir à quelle condition la faute professionnelle d'un fonctionnaire public engagera sa responsabilité et constituera à sa charge un délit civil dont il doive réparation. Cette question, très distincte de celle de l'art. 89, est visée par l'art. 839 du Code civil allemand. On la trouvera exposée dans une note de la seconde édition de mon livre sur l'*Obligation dans le premier projet de Code civil allemand* (éd. 1901, p. 424, note 2). Cf. également sur tous ces points, et principalement en ce qui concerne le droit suisse, l'étude de Geser, *Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamter* (Fribourg, 1899).

certaines indications, fractionnées au cours de ces notes de caractère quelque peu exégétique, toute la variété des divers genres de collectivités, sociétés, communautés et corporations, maintenus dans le droit allemand. Nous avons vu déjà qu'à côté des associations, personnes morales, associations enregistrées, constituant le droit commun en matière de personnalité civile, il pourrait y avoir des associations dénuées de personnalité, et constituées désormais sur le type de la propriété en main commune (art. 54) ; sans parler, en outre, des sociétés civiles, lesquelles, comme on le sait, sont régies par les mêmes principes. Enfin il a été fait allusion, à propos des personnes morales publiques, à toutes ces associations agraires et à tous ces syndicats professionnels établis en vertu de lois administratives des Etats particuliers, et fonctionnant en vue de certains intérêts économiques généraux dont chaque Etat se réserve la tutelle et le contrôle. La conception juridique applicable à toutes ces associations syndicales paraît assez différente de celle que l'on accepte généralement comme servant de base à l'idée de personne juridique. Ce sont donc là autant de types divers, entre lesquels il importerait, dans la mesure où la chose est possible, de tracer nettement les lignes séparatives qui en délimitent la sphère réciproque.

Tout d'abord, à l'échelle inférieure, si l'on peut ainsi parler, de la personne juridique, se trouveront les associations dénuées de capacité, lesquelles, nominalement, n'ont aucune personnalité propre : elles ne peuvent donc agir en nom, ni se faire inscrire en nom aux registres fonciers. Mais leur patrimoine forme une propriété commune, qui n'est susceptible d'aucune quote part individuelle au profit des membres de l'association, tant que cette dernière subsiste; et l'on a vu, sur l'art. 54, toutes les conséquences qu'il y aurait à déduire de cette conception. Ce qui a été omis cependant, ou réservé pour mieux dire, puisque c'est ici le lieu d'en parler, serait la question de savoir comment traiter ces associations dénuées de personnalité au point de vue de leur responsabilité délictuelle, au cas de délit commis par les gérants et administrateurs de la société. On a vu, sur l'art. 89, quelle était la préoccupation du nouveau Code civil allemand d'étendre et de généraliser, en ce qui touche les collectivités, la respon-

sabilité objective de l'art. 31, de façon à se rapprocher, sous ce rapport, de la théorie française de l'art. 1384 C. civ., en matière de responsabilité pour autrui. C'est l'un des points sur lesquels les traditions romanistes allemandes ont pesé le plus lourdement sur les idées des auteurs du nouveau Code civil (1). Faudrait-il donc admettre qu'en matière d'associations, constituées sur le type de la propriété commune, on dût revenir purement et simplement au principe romain de responsabilité subjective de l'art. 831 ? Gierke l'a soutenu, sous le prétexte qu'une association de ce genre ne saurait avoir d'organes, proprement dits, représentatifs d'une volonté commune, corporative et unifiée (2) ; et c'était déjà la conception présentée comme la plus logique, au point de vue des déductions juridiques, dans la note parue sur l'article 54 dans le *Bulletin de la Société de législation comparée* (3). Hachenburg considère, au contraire, puisque même l'association dénuée de personnalité a une Direction qui agit pour elle et qui la représente, qu'il y aurait lieu à l'application de la responsabilité objective de l'art. 31 (4). Ce n'est pas là une question de droit, qui dépende de la reconnaissance légale de la personnalité jurique, mais une question de fait, dont la solution doit résulter de la situation prise vis-à-vis de l'association par ceux qui la représentent ; et il n'est pas douteux que celui qui agit pour une association, qu'elle soit ou non personne morale, n'entend pas exprimer sa volonté à lui, sauf à faire rejaillir les effets des actes qu'il passe sur l'association ; il veut être comme le porte-parole de l'association et représenter la volonté commune de la collectivité. C'est ce que le Code civil admet même pour l'administrateur d'un établissement ou d'une fondation (art. 86) ; ce qu'il admet enfin pour les fonctionnaires, administrateurs publics (art. 89). Il semble donc bien que l'on doive généraliser l'application de l'art. 31, et l'appliquer toutes les fois, qu'il y ait en fait une Direction, ou un conseil de Direction, au sens de l'art. 31. Peut être ne serait-ce pas le cas en ce qui con-

(1) Cf. la nouvelle édition de ma *Théorie de l'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand*, p. 415, note 2.

(2) V. Gierke, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit.*

(3) *Bull.* 1899, p. 457-458.

(4) Hachenburg, *Das B. G. B. für das deutsche Reich* (2e éd.), p. 487.

cerne les gérants d'une société civile, tant que la société reste constituée sur le principe de l'art 709: personne n'a qualité pour exprimer la volonté commune; la société civile n'a pas d'organe à proprement parler (1). Les décisions communes ne peuvent venir que de l'ensemble des associés; les gérants sont des représentants au sens courant du mot, qui agissent en tant qu'ils expriment leur volonté individuelle, sauf à faire rejaillir sur la société l'effet des actes passés par eux. Mais il n'en est plus de même, dès qu'une société ou une association se constitue, d'après ses statuts, sous la forme corporative, avec une Direction qui ait à agir, et à prendre toutes les décisions, au nom et pour le compte de la société, sans avoir à consulter l'ensemble des associés: l'organe des décisions communes n'est plus la collectivité prise dans ses unités individuelles, mais la Direction qu'elle s'est donnée et qui la représente, au sens, non plus juridique, mais organique, du mot. Bien entendu, au cas de délit civil de la Direction, ou de l'un des membres de la Direction, s'agissant d'association dénuée de personnalité, il faudrait réserver, à côté de la responsabilité objective de l'asssociation, la responsabilité solidaire de l'auteur du délit, conformément à l'art. 54. Cette opinion d'Hachenburg a été également contestée par Eck (2), sous le prétexte que l'association, bien qu'elle soit en fait une association, et non une société, a été soumise par l'art. 54 au droit des sociétés, et non à celui des associations. Mais resterait à savoir si le principe de l'art. 709 est pour les sociétés une règle impérative qui ne puisse être modifiée par voie statutaire, et si, par conséquent, une société civile ne pourrait pas se constituer organiquement sous la forme corporative, ce que semblent bien admettre les art. 736 et suivants.

Mais il reste à se demander s'il ne peut plus exister, dans le droit allemand, de collectivités sur le type de la propriété commune, autres que les associations qui, tout en ayant une existence licite, n'auront pas acquis, ou auront perdu, la personnalité, et les sociétés civiles. Ne semblerait-il pas que la question, en réalité, fût dénuée de toute portée? Car toute collectivité qui se fonderait, ou qui serait déjà antérieurement

(1) Cf., Hachenburg, *loc. cit.*, p. 487.
(2) Eck., *Vorträge*, p. 85.

fondée, sur le type de la *Gesammte Hand*, se trouverait être, soit une association, soit une société ; et dès lors elle serait licite comme rentrant dans l'une ou dans l'autre. Il faut bien reconnaître cependant qu'il y a de nombreuses communautés agraires, existant dans certaines parties de l'Allemagne, ne serait ce que la collectivité des ayants droit en matière de communaux, qui ne sont ni des sociétés civiles, ni des associations : elles n'ont pas leur origine dans un contrat de société qui crée entre associés ces liens de dépendance réciproque impliqués par l'art. 709, et encore moins ont-elles pour but aucune de ces entreprises qui exigent l'activité de tous, comme en matière de sociétés. Si elles se rapprochent de l'association par l'anonymat et le principe des mutations successives (1), elles s'en distinguent par l'absence de toute organisation corporative, la mise à l'écart de toute Direction destinée à représenter la collectivité et à lui servir d'organe. C'est une indivision avec absence de quotes-parts individuelles, une indivision dans laquelle les droits individuels ne sont encore, ni fixés, ni précisés. C'est la communauté de propriété à l'état simple, en tant qu'elle ne s'est pas organisée encore, ni en société, ni en association. On pouvait donc se demander si, sous l'empire du nouveau Code, cette forme de propriété, qui n'est ni la copropriété indivise, ni la propriété simple, ni la propriété corporative, et qui par suite ne rentre dans aucun des cadres prévus par les textes, allait pouvoir subsister. Cette forme de propriété avait été nettement abolie par le premier projet, dont la Loi d'introduction (art. 106) portait que toute propriété, déjà constituée lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code, ne pourrait exister que conformément aux formes de propriété admises par le Code civil. Mais sur les réclamations qui s'élevèrent de tous côtés, la seconde commission accepta de maintenir les formes traditionnelles et historiques de la propriété germanique, là où elles existaient en vertu d'usages antérieurs ; et l'art. 181 de la Loi d'introduction actuelle atténue le principe de l'art. 106 l. intr. P[1], en le faisant suivre de cette réserve que, là où la propriété appartiendrait à plusieurs sans quotes-parts individuelles, cette forme

(1) Cf. art. 736, 738.

continuerait à subsister ; cela fait allusion à la propriété en main commune, là où elle s'est maintenue. Quant à savoir dans quelle mesure, pour l'avenir, de nouvelles communautés de ce genre pourraient se créer à nouveau, c'est une question délicate, qui ne peut se résoudre que suivant certaines distinctions faites d'après les usages et coutumes locales de chaque Etat (1).

Cela ne veut pas dire, d'ailleurs, que, là où existent des communaux, sous leurs formes diverses (*Mark*, *Allmende*, etc.), la conception d'une propriété en main commune s'impose toujours pour le droit moderne. Il est possible que, dans certains Etats, l'ancienne conception se soit modifiée, et qu'on ait vu là, dans cette propriété commune, une simple fraction de la propriété communale, faisant partie par conséquent du patrimoine d'une personne morale publique ; ce serait une part du patrimoine de la commune, laquelle serait soumise à certains droits de jouissance usagère (2) Mais ce qu'il importe de bien spécifier, c'est que, pour résoudre cette question, ce n'est pas sur le nouveau Code civil qu'il faudra prendre son point d'appui : le Code civil réserve toutes les formes antérieures de la propriété. Cela impliquerait que la question ait déjà été résolue dans ce sens, avant le Code civil, c'est-à-dire dans le sens de la suppression de la propriété commune des habitants et de la réunion au patrimoine de la commune, personne morale.

Il va de soi que ces communautés de propriété ne constitueraient pas des personnes juridiques. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que, d'après le droit public de l'Etat, elles eussent reçu la personnalité civile, auquel cas elles rentreraient au nombre des personnes morales du droit public, échappant, pour ce qui est de leur création et de leur organisation, au droit commun du Code civil. Mais, à prendre les choses telles qu'elles se présentent le plus souvent dans la réalité, ces communautés agraires ne seraient pas des personnes juridiques ; donc on ne pourrait leur appliquer la responsabilité objective de l'art. 31 que dans le cas exceptionnel où elles auraient, en

(1) Cf. sur ce point *Bull.* 1900, p. 156. Cf. Pl., t. VI sur art. 181 L. intr.
(2) Cf. Crome, *loc. cit.*, § 57, note 3. p. 271.

fait, pris la forme organique d'une association, et à supposer, comme on l'a vu, que l'on puisse étendre la règle de l'art. 31 aux associations non personnes morales.

Au-dessus de ces communautés de propriété, apparaissent toutes ces associations syndicales en vue des intérêts agricoles, forestiers, économiques ou professionnels, dont la plupart, comme on l'a vu, rentrent dans le domaine du droit public de chaque Etat. L'art. 164, loi intr. en réserve expressément le maintien, que ces associations aient ou non la personnalité civile, et, à supposer qu'elles l'aient, qu'elles doivent rentrer ou non, parmi les personnes morales du droit public (1). Il en résulte que, dans la mesure où ces associations syndicales existent en vertu des lois de l'Etat, elles continuent à subsister conformément au droit antérieur, et conformément aussi aux conceptions juridiques admises en ce qui les concerne. Si donc, pour ces associations de caractère mixte, touchant à la fois aux intérêts privés des individus et aux intérêts généraux de la collectivité, il dût être exact que la forme de personnification qui s'y réfère fût différente des idées admises de droit commun en matière de personnalité civile, il faudrait, à côté des associations personnes morales du Code civil, accepter une nouvelle forme germanique d'associations, correspondant à la théorie de Gierke sur la *Genossenschaft*; sorte d'organisme intermédiaire entre l'association constituée sur le type de la propriété en main commune et la corporation proprement dite. Mais, il va de soi, cette fois, que s'agissant d'une véritable association, qu'elle fût ou non personne morale, la responsabilité de l'art. 31 s'appliquerait incontestablement.

Telles sont donc les deux catégories de collectivités, non prévues par le Code civil lui-même, et qu'il faut ajouter aux différents types légaux admis par le nouveau Code, dont l'un ne doit être cité que pour mémoire — c'est l'indivision, pure juxtaposition de droits individuels sans aucun caractère de collectivité organique — et dont les autres seront la société civile pure, l'association sous forme de propriété en main commune, celle de l'art. 54, et l'association enregistrée et douée de la person-

(1) Cf. sur art. 163 et 164 L. intr. (T. VI, p. 264 et 266).

nalité juridique, sans parler des corporations, personnes morales publiques, qui, au point de vue des modes d'acquisition et de constitution de la personnalité, échappent entièrement aux règles du Code civil et ne sont soumises qu'au droit public de chaque Etat.

R. Saleilles.
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris.

Lagny. — Imprimerie parisienne, L. Barnéoud & Cie.