des associés. Nous dirons plus loin que la nullité de la clause concernant les pertes entraîne la nullité de la société; on peut même soutenir que la clause, et partant la société, est plus que nulle, qu'elle est inexistante. Le code s'est écarté, en ce point, de la doctrine de Pothier, lequel enseigne que l'on peut stipuler que l'un des associés sera affranchi de toute contribution aux pertes. Tel était aussi l'avis de Doneau; et c'est là le motif pour lequel il ne comprenait pas la participation aux pertes parmi les éléments essentiels du contrat de société (1). Les auteurs du code ayant rejeté cette opinion auraient dû adopter de préférence la définition de Domat. Vainement dit-on que l'on ne s'associe pas pour perdre, et que si les associés pouvaient prévoir qu'ils seraient en perte, ils ne formeraient point de contrat de société. Cela n'empêche pas que les associés doivent prévoir le cas de perte, puisque toute entreprise a ses mauvaises chances; la perte étant toujours possible, il faut que la participation aux pertes soit réglée, aussi bien que la participation aux bénéfices. Or, l'égalité, qui est de l'essence des sociétés, veut que les associés contribuent aux pertes, comme ils prennent part aux bénéfices. L'article 1855 a consacré ce principe; donc la définition de l'article 1832 est incomplète.

§ V. *Cause licite.*

156. « Toute société doit avoir un *objet* licite » (article 1833). L'article 1108 place parmi les conditions essentielles des contrats un *objet certain* et une *cause licite*. Ce que l'article 1108 appelle *cause*, l'article 1833 l'appelle *objet*. En effet, dans les contrats synallagmatiques, la cause se confond avec l'objet, en ce sens que la cause de l'obligation contractée par l'une des parties est l'objet de l'engagement de l'autre. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations*, sur la théorie de la cause. Nous avons critiqué cette théorie, et l'article 1833 vient

(1) Pothier, *De la société*, nos 19 et 25. Doneau, lib. X, c. XV, § 7 (t. VIII, p. 61).

à l'appui de notre critique; la loi n'y parle pas d'une *cause* licite, parce que dans la société il est d'évidence que la *cause* se confond avec l'*objet* (1). Il est inutile d'insister sur ce point. Dans la doctrine que nous avons enseignée sur la cause et sur l'objet des conventions, l'objet licite ou la cause licite forment une seule et même condition, et l'objet illicite a la même conséquence que la cause illicite : c'est que le contrat ne peut avoir aucun effet (art. 1131); il est inexistant, comme on dit dans le langage de l'école. On doit donc appliquer à la société dont l'objet est illicite les principes qui régissent les contrats inexistants. La distinction entre les contrats inexistants et les contrats nuls a été exposée au titre des *Obligations*.

157. Quand l'objet de la société est-il illicite? L'objet se confondant avec la cause, il faut appliquer à l'objet ce que l'article 1133 dit de la cause : l'objet est illicite quand il est prohibé par la loi, quand il est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Nous avons expliqué cette disposition, au titre des *Obligations*, en l'appliquant aux sociétés illicites; il nous reste à compléter l'exposé de la jurisprudence (t. XVI, nos 124-156).

Un décret du 15 janvier 1808 établit à Saint-Etienne une direction sous le nom de *condition* pour la dessiccation des soies; aux termes du décret, le directeur est nommé par le ministre de l'intérieur, sur la présentation de trois candidats. Deux candidats font une convention par laquelle ils stipulent que l'un d'eux se désiste de sa candidature, à condition que, si l'autre est nommé, il sera son associé, sur un pied d'égalité parfaite, dans la manutention et les émoluments. Le traité, après avoir été exécuté pendant quelque temps, fut attaqué par le directeur en titre comme illicite, contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. On objecta que l'emploi dont il s'agissait n'avait pas les caractères d'une fonction publique. La cour de Lyon annula la convention; il suffit que l'emploi soit à la disposition du gouvernement pour qu'il ne soit pas permis d'en trafiquer : les offices, quels qu'ils soient, sont

(1) Pont, t. VII, p. 30, no 40).

hors du commerce, ils ne peuvent pas plus faire l'objet d'un contrat de société que de tout autre contrat (1).

158. Nous avons dit ailleurs que l'esprit de trafic avait envahi en France les offices ministériels et les fonctions publiques depuis qu'une loi a permis aux titulaires de présenter un successeur au gouvernement, ce qui a rétabli de fait la vénalité. En voici un nouvel exemple. Deux personnes, adjudicataires, moyennant une somme de 15,200 francs, de créances d'une valeur nominale de 700,000 francs sur une faillite, forment avec un huissier une société en participation. L'huissier se chargeait de faire, dans l'intérêt de la société, tous les actes de son ministère qui pourraient être nécessaires, et il devait recevoir, à titre de rémunération, outre le coût des actes de procédure, le tiers des bénéfices qui seraient réalisés. Sur la demande en nullité de cette convention, formée contre l'huissier, la cour de Riom décida que ladite société était nulle comme contraire aux lois et à l'ordre public. Elle est contraire aux lois, d'abord parce que le code de procédure (art. 66), en défendant à l'huissier de prêter son ministère à ses parents et alliés en ligne directe, lui défend, à plus forte raison, d'agir dans son intérêt personnel ; ensuite le tarif de 1807 défend aux huissiers d'exiger d'autres droits que ceux qui leur sont légalement alloués. La cour ajoute qu'une telle association est pleine de périls pour le public, en ce qu'elle est nécessairement, pour l'officier ministériel, une incessante tentation de forfaire aux devoirs les plus essentiels de sa profession. Sur le pourvoi, la cour de cassation rendit un arrêt de rejet après délibéré en chambre du conseil. La cour suprême ne reproduit pas le motif moral invoqué par l'arrêt attaqué; elle se borne à dire, en termes assez vagues, que l'ordre public veut que l'officier ministériel se renferme dans les bornes de son ministère. Pourquoi ne pas flétrir directement une convention qui met en participation l'accomplissement des devoirs et des attributs attachés à une fonction publique? Les tribunaux doivent maintenir l'ordre

(1) Lyon, 12 janvier 1822 (Dalloz, au mot *Société*, n° 159).

moral quand il se lie aux lois, autant que l'ordre public; l'article 6 du code civil leur en fait une obligation, puisqu'il défend aux particuliers de déroger par leurs conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs; à plus forte raison le code réprouve-t-il comme illicite le trafic d'un office qui se lie à la distribution de la justice. Nous supposons que telle était la pensée de la cour, puisqu'elle déclara la société *inexistante;* ce qui implique qu'elle était fondée sur une *cause illicite* (1).

159. Il a été jugé que l'acte de société intervenu entre un agréé au tribunal de commerce et un avoué au tribunal civil, ayant pour but de poursuivre toutes sortes d'affaires qui seraient adressées à chacun d'eux, et de partager les émoluments qui en proviendraient, n'avait rien d'illicite (2). Cela est vrai en ce sens que les faits ne constituaient pas le délit de postulation, et c'était à ce titre que la convention était attaquée. Mais restait l'ordre public : peut-on permettre à des officiers ministériels ou à des agréés de considérer l'accomplissement de leur ministère comme un trafic? Rien de plus légitime pour un commerçant que d'étendre le nombre de ses affaires ; l'Etat est intéressé à l'augmentation de la richesse individuelle autant que les particuliers, et le gain est l'âme du commerce. Qui oserait en dire autant des procès? Et si l'on admet que l'on peut légitimement considérer les procès comme un élément de trafic, dont les parties se partagent les émoluments comme s'il s'agissait de café ou de coton, qui ne voit que la passion du lucre sera surexcitée, que les trafiquants en procès feront naître des contestations et porteront devant les tribunaux les plus mauvaises causes, pourvu qu'elles produisent des émoluments? Ecartons des ministères qui se lient à la distribution de la justice toute idée de commerce ; autoriser les spéculations sur les procès, ce serait vicier la justice dans sa source, en altérant le sens moral de ceux qui y concourent.

(1) Rejet, 10 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 1, 290).
(2) Rejet, 13 janvier 1835 (Dalloz, au mot *Avoué*, n° 207).

160. Un avoué s'engage à partager les bénéfices de son étude avec son maître clerc. Il a été jugé que cette convention est valable, parce que la participation aux bénéfices n'est qu'un mode de régler les émoluments auxquels le collaborateur a droit. On a dit que cela est incontestable et que cela ne fait pas même question (1). Il nous reste cependant un scrupule, et l'arrêt de la cour le confirme. On y lit que la possibilité qu'une pareille convention entraînerait des abus ne saurait être une raison de l'annuler, qu'il faudrait d'ailleurs que ces abus eussent été prouvés. Ainsi la cour reconnaît qu'il y a des abus à craindre; cela suffit pour que la convention soit illicite. En effet, c'est précisément à raison des abus presque inévitables auxquels donnent lieu ces associations, qu'elles sont contraires à l'ordre public; elles introduisent l'esprit de trafic, de spéculation, disons le mot, de cupidité dans l'exercice d'un ministère qui ne doit avoir en vue que le strict accomplissement de fonctions qui éclairent la justice et qui, par suite, ne doivent avoir d'autre mobile que le sentiment du devoir. Si l'on raisonnait comme le fait la cour de Riom, aucune société ne serait illicite, les abus sont toujours l'exception; il faudrait donc attendre que des abus se soient produits pour que l'on pût agir en nullité. Tel n'est pas l'esprit de la loi; elle frappe d'avance de réprobation toute société qui, par son objet, fait craindre des abus. Il faut maintenir cette sévérité de la loi : l'ordre moral, sans lequel il n'y a pas d'ordre social, y est intéressé.

161. La loi punit comme délits les conventions qui ont pour objet d'empêcher les adjudications publiques de s'élever à leur véritable valeur. Il a été jugé que l'on doit considérer comme licite une association en participation formée entre deux individus dans la vue d'obtenir une adjudication, sous la condition que l'un d'eux rétrocédera la moitié à l'autre, et que, s'il garde l'exploitation pour lui seul, il payera une certaine somme à titre de clause pénale. La cour de cassation dit que l'on ne doit regarder

(1) Riom, 22 juillet 1842 (Dalloz, au mot *Société*, n° 168, 1°). Pont, n° 45.

comme contraires à l'ordre public que les associations qui, par le nombre, les qualités, les manœuvres des associés, écartent les enchérisseurs (1). Au point de vue pénal, cela peut être vrai; mais l'article 1133 répute illicites non-seulement les causes prohibées par la loi, mais aussi celles qui sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Or, l'association, dans l'espèce, si elle n'avait pas pour objet d'écarter d'autres enchérisseurs, tendait au moins à empêcher la concurrence entre les deux associés; tandis qu'il est de l'essence de l'adjudication de provoquer une concurrence illimitée. Il nous semble qu'il y a quelque relâchement dans la jurisprudence, du moins une tendance à légitimer des conventions qui conduisent nécessairement à des abus. La sévérité, en cette matière, est dans l'esprit de la loi.

162. La cour de Paris a déclaré illicite une société en nom collectif formée entre un pharmacien et deux médecins pour l'exploitation en commun d'un établissement pharmaceutique. Elle invoque les lois et règlements concernant l'exercice de la pharmacie. Aux termes de la déclaration du 25 avril 1777, les maîtres apothicaires pouvaient seuls avoir laboratoire et officine ouverts, et ils ne pouvaient tenir ces officines qu'autant qu'ils possédaient et exerçaient personnellement leur charge; toute location ou cession de privilége était interdite. La loi du 17 avril 1791 maintint ces dispositions. C'est dans le même esprit que la loi du 25 germinal an XI dispose que nul ne peut avoir une officine de pharmacie sans avoir le titre légal autorisant à prendre une patente de pharmacien. Ces dispositions impliquent prohibition de toute société dans laquelle le pharmacien, renonçant à demeurer seul maître de la direction et de l'exploitation de son établissement, aliénerait sa liberté d'action et compromettrait les garanties d'indépendance et de responsabilité personnelle que la loi exige de lui dans l'intérêt de la santé publique. La cour établit ensuite que la société litigieuse conférait à chacun des associés, donc à ceux qui n'avaient point la

(1) Rejet, 23 avril 1834 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 581, 2°).

qualitè de pharmacien, la direction, à titre ègal, de l'établissement; ce qui constituait une violation des règles qui régissent l'exercice de la pharmacie (1). Cette décision est parfaitement motivée au point de vue des lois. Mais la convention n'était-elle pas illicite à d'autres égards? Donner à des médecins un intérêt dans un établissement pharmaceutique, n'est-ce pas les placer entre leur intérêt et leur devoir? Supposons qu'ils soient convaincus que la médecine homœopathique soit préférable à la vieille médecine, suivront-ils leur conviction aux dépens de leurs intérêts? Et s'ils ne consultent que leur intérêt, ne prescriront-ils pas des drogues pour augmenter leur dividende, au lieu de ne consulter que l'intérêt du malade? Nous insistons sur ces considérations morales parce que les cours les négligent, et elles sont cependant essentielles.

163. Quel est l'effet de la société illicite? L'article 1131 répond qu'une obligation sur cause illicite ne peut avoir aucun effet. C'est l'application du principe qui régit les contrats inexistants : un contrat inexistant, tel qu'une société illicite, n'existe pas aux yeux de la loi; le législateur ne peut donc lui reconnaître aucun effet. Et quel est l'effet des contrats? C'est de donner une action au créancier contre le débiteur, conformément aux conventions arrêtées par les parties contractantes. Quand la société est illicite, il n'y a pas de société, donc pas d'associé; par conséquent, il ne peut pas y avoir d'action d'un associé contre l'autre.

164. Sur le principe, tout le monde est d'accord, c'est l'application de l'article 1131 à la société. Mais sur les conséquences du principe, les opinions sont très-divisées et les doutes ne manquent point. Nous supposons d'abord que le débat s'élève entre associés. Si la société n'a reçu aucune exécution, la solution est très-simple : il n'y a point de société; donc pas d'action d'un associé contre son coassocié. Le laps de temps ne peut effacer le vice qui entache la société illicite, il n'y a pas de confirmation

(1) Paris, 27 mars 1862 (Dalloz, 1862, 2, 105).

possible; à quelque époque qu'une action soit intentée, le défendeur répondra que le demandeur ne peut pas agir en vertu d'un contrat de société qui n'existe point. Nous ne faisons qu'appliquer à la société illicite les principes que nous avons établis, au titre des *Obligations*, sur les contrats inexistants et, notamment, sur la cause illicite (1).

165. Les difficultés commencent quand les associés ont réalisé leurs apports. Peuvent-ils en exercer la reprise? Nous avons enseigné, au titre des *Obligations*, que ce qui a été payé en vertu d'une obligation sur cause illicite peut être répété (t. XVI, n° 164). Si l'on admet le principe, il faut décider que les associés ont action pour répéter leurs mises. C'est l'opinion assez généralement suivie; toutefois il y a une objection, et elle est sérieuse. L'un des associés est détenteur des apports sociaux; si les autres associés agissent contre lui, il les repoussera en disant qu'il n'y a pas d'action en vertu d'un contrat inexistant; or, c'est bien en vertu du contrat de société que les associés agissent, car ils réclament leurs mises, leurs apports; et peut-il être question d'apports et de mises là où il n'y a pas de société? L'objection a paru sans réplique à Troplong (2). Ecoutons la réponse que l'on y fait. Celui qui détient les mises les a reçues, non comme propriétaire, mais comme dépositaire, en vue d'un emploi convenu entre associés, il est détenteur sans cause; ceux qui agissent en répétition contre lui ne fondent pas leur demande sur la société, ils invoquent, au contraire, l'invalidité de la société (3). Cette doctrine a prévalu dans la jurisprudence (4). Voici les motifs que le tribunal de Nantes a donnés à l'appui de sa décision. Dans l'espèce, une association avait été formée pour l'exploitation d'une étude de notaire, avec clause de partage de bénéfices entre le notaire et son associé, lequel devait lui succéder; mais sa pré-

(1) Voyez le tome XVI de mes *Principes*, p. 213, n° 157; p. 217, n° 160. Dans le même sens, Pont, p. 41, n° 52.
(2) Delamarre et Poitvin, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 51. Troplong, n° 105.
(3) Pont, t. VII, p. 41, n° 53, et les auteurs qu'il cite.
(4) Cour de la Réunion, 18 janvier 1850 (Dalloz, 1855, 1, 5, sans motif). Jugement du tribunal de Nantes, du 23 juin 1845 (Dalloz, 1845, 4, 377).

sentation ne devait avoir lieu qu'après huit années. Le cessionnaire paya 100,000 francs. C'est la répétition de cette somme qui faisait l'objet du débat. Le tribunal a admis la répétition, d'abord par un motif de justice. Il est certain que si les 100,000 francs n'avaient pas été payés, le cédant n'aurait eu aucune action pour en exiger le payement; il serait injuste qu'il pût retenir ce qu'il n'aurait pas eu le droit de réclamer. L'article 1131 dit que le contrat sur cause illicite ne peut avoir aucun effet, il ne peut pas plus avoir effet pour le passé que pour l'avenir. Puisque la convention doit être écartée, il reste un payement fait sans cause, lequel est sujet à répétition. Le tribunal rejette les distinctions que l'on faisait en droit romain et que nous avons également repoussées (t. XVI, n° 164); il remplace le principe romain par un principe beaucoup plus juste, à notre avis; quand les deux contractants sont également en faute pour avoir contrevenu à la loi, il serait injuste que l'un subît une perte et que l'autre obtînt un bénéfice; la raison et la justice veulent que la faute ne soit une source de profit pour personne et que les parties soient remises dans la situation où elles se trouvaient avant leur traité illicite.

166. Nous acceptons cette argumentation; elle nous paraît non-seulement plus morale, mais aussi plus juridique que l'opinion qui refuse toute action en répétition. Une société illicite n'existe pas et n'a jamais existé, c'est le néant; elle est frappée de réprobation dès l'instant où elle a été formée; donc les effets qu'elle a produits doivent être anéantis, sinon il ne serait pas vrai de dire que le contrat doit être assimilé au néant. Le principe nous paraît incontestable, mais dans l'application il se heurte contre une difficulté très-grave. La société illicite a fonctionné, elle a réalisé des bénéfices, puis elle est déclarée inexistante. Que deviendront les bénéfices? L'associé qui en est détenteur peut-il être actionné en partage? Dans l'opinion traditionnelle admise par la plupart des auteurs, on répond que les associés n'ont pas l'action en partage, parce qu'il ne peut y avoir de partage des bénéfices qu'en vertu du contrat de société, et de contrat il n'y en a pas.

On conclut qu'il faut s'en tenir aux faits accomplis tels qu'ils existent lorsque le contrat est annulé (1).

Ce résultat blesse le sens moral. D'ordinaire toutes les parties sont également en faute; cependant celle que le hasard, peut-être une prévoyance coupable, a rendue dépositaire des bénéfices les retient, elle gagne plus à une société illicite qu'elle n'aurait gagné à une société licite; elle fait donc un bénéfice par suite de sa faute. Cela est immoral, et cela est en opposition avec l'esprit de la loi. L'article 1131 dit que le contrat illicite ne peut avoir aucun effet, et voilà que ce contrat, qu'on assimile au néant, produit néanmoins un effet très-important en assurant tous les bénéfices à l'un des coupables. Est-il bien vrai que la conséquence est logique et nécessaire? Nous croyons qu'il y a moyen de concilier le droit avec le sentiment moral. D'abord on peut invoquer le texte de l'article 1131. Le tribunal de Nantes dit très-bien que la loi refusant tout effet à la société illicite, les parties doivent être replacées dans l'état où elles étaient avant d'avoir contracté. Comment appliquer ce principe quand le contrat a produit des effets? Les faits accomplis ne peuvent pas être anéantis; la nature des choses s'y oppose. Si les bénéfices avaient été partagés, ce partage serait maintenu; il est impossible d'annuler la distribution qui a été faite, il faudrait pour cela anéantir toutes les opérations consommées, c'est-à-dire donner aux tiers qui ont traité avec les associés le droit d'attaquer des conventions librement consenties; nous doutons que le principe de l'inexistence de la société illicite puisse être poussé jusqu'à cette conséquence; en tout cas, on ne l'a jamais proposé. Nous dirons plus loin quel est l'effet de la société illicite à l'égard des tiers; pour le moment, il s'agit de vider une contestation entre associés : un bénéfice a été réalisé et partagé; c'est un fait accompli que l'on ne peut pas anéantir. Si le bénéfice n'a pas été partagé, ne faut-il pas décider que le bénéfice sera distribué entre les associés? Si le partage consommé est validé, malgré l'inexistence de la société illicite, pourquoi

(1) Voyez les citations dans Pont, t. VII. p. 42, n° 54.

ne pourrait-il pas y avoir partage malgré l'annulation de la société? Vainement dit-on que le partage annulé ne peut plus produire d'effet; en réalité, le partage n'est pas annulé et ne peut pas même l'être, car on n'annule pas le néant. Après le jugement, comme avant, la société est inexistante; si le partage fait avant le jugement est validé, pourquoi ne maintiendrait-on pas le partage fait après le jugement ou en vertu du jugement? La situation est identique, le partage se fait après comme avant sans qu'il y ait une société; si on valide l'un, on peut aussi valider l'autre.

Cela est impossible, dit-on, car une société illicite, inexistante comme telle, ne saurait donner lieu à une action judiciaire. Nous répondons que l'action ne se fonde pas sur la société, elle se fonde sur un fait, la communauté qui a existé entre les associés; cette communauté de fait doit être liquidée. Si l'on permet de la liquider pour ce qui concerne le fonds social ou les apports, pourquoi ne permettrait-on pas de la liquider quant aux bénéfices? La distinction que l'on fait entre les bénéfices et les mises est plus subtile que vraie; quand la société est assimilée au néant, il ne peut pas plus y avoir d'apports que de bénéfices; il ne reste qu'un fait, celui de la communauté; ce fait donne lieu à des actions. Et c'est réellement sur la communauté que l'action en partage est fondée, de même que la répétition des apports, et non sur le contrat de société. Supposons que le contrat attribue à l'un des associés une part dans les bénéfices plus grande que la part virile : pourrait-il se prévaloir de cette clause pour réclamer le partage inégal? Non, car il n'a pas d'action en vertu de la société; il ne peut agir qu'en vertu de la communauté de fait, et cette communauté se partage toujours d'après le principe de l'égalité.

On objecte qu'il est impossible d'accorder une action judiciaire en vertu d'un contrat inexistant, surtout quand la cause est illicite. Notre réponse se trouve dans un texte de loi et dans la doctrine qui l'a interprété. Quand le mariage est annulé, les conventions matrimoniales le sont aussi, sauf dans le cas où les époux l'auraient contracté

de bonne foi (art. 201). Les époux se sont mariés sous le régime de la communauté légale : c'est une société de biens universelle. Ce contrat de société ne produira aucun effet. Néanmoins une communauté de fait a existé, elle sera liquidée à ce titre; les époux auront action, en vertu de cette communauté, non-seulement pour la reprise de leurs apports, mais aussi pour le partage des bénéfices. Il peut donc y avoir action en vertu de la communauté, quoique la société que les parties ont voulu former soit nulle. Ceci répond au reproche d'immoralité que l'on pourrait faire à notre doctrine. L'ordre public et les bonnes mœurs s'opposent, dit-on, à ce qu'une société illicite, telle qu'une société pour la contrebande, donne une action en justice à ceux qui sont coupables d'un délit. Nous demanderons si la bigamie n'est pas un crime bien plus grave que la contrebande; cependant les époux bigames ont une action pour la liquidation de la communauté de fait qui a existé entre eux. Il suffit de formuler l'action pour se convaincre qu'elle n'a rien d'immoral; elle n'est pas fondée sur le crime de bigamie, elle est fondée sur la communauté qui a existé entre les bigames. De même l'action des associés, en cas de contrebande, n'est pas fondée sur la contrebande, elle est fondée sur la communauté d'intérêts qui s'est formée entre les contrebandiers; ils n'auront pas d'action en vertu du contrat de société, de même que les époux n'ont pas d'action en vertu de leur contrat de mariage. Mais il y a eu dans les deux cas des intérêts communs; ces intérêts sont un fait, il faut bien que ce fait soit liquidé.

On dira que notre comparaison cloche; la communauté de fait qui se forme entre les époux bigames est par elle-même très-licite, et si le contrat de mariage est annulé, c'est qu'il ne saurait y avoir de conventions matrimoniales entre des personnes qui sont censées n'avoir jamais été mariées. Il en est autrement d'une société illicite : les intérêts communs sont, dans ce cas, illicites, et il y a quelque chose d'immoral à donner une action judiciaire pour régler des intérêts illicites. Nous convenons qu'il y a une nuance entre une société illicite et un contrat de

mariage nul à raison de la bigamie des époux. Mais il reste vrai de dire que, dans le cas de bigamie, la loi annule la société de biens et donne néanmoins aux époux coupables une action pour liquider leurs intérêts communs; il y a aussi quelque chose d'illicite dans ces intérêts, puisque la communauté de biens s'est formée par suite d'un crime. Cela suffit pour qu'on puisse s'en prévaloir à titre d'analogie. Nous ajouterons que dans toute hypothèse il reste un effet immoral, c'est qu'une société illicite a procuré des bénéfices qui profitent soit à l'un des coupables pour le tout, soit à tous les coupables. Cet effet blesse le sens moral; mais est-il moins blessé quand l'un des coupables s'empare de tout le bénéfice et ajoute encore l'injustice à sa faute, en s'enrichissant aux dépens de ses coassociés? Le législateur seul pourrait porter remède au mal, en confisquant au profit des établissements de bienfaisance les bénéfices faits par une société illicite.

167. Notre opinion est isolée; nous devons y insister, moins pour la défendre que pour montrer ce qu'il y a d'incertitude et d'inconséquence dans l'opinion générale. On invoque la tradition romaine; nous l'écartons du débat, parce que, rejetant les distinctions que l'on faisait en droit romain, nous devons rejeter aussi l'application que l'on en fait à la société illicite. Il n'est pas exact de dire que l'opinion contraire à la nôtre est généralement suivie. Ceux-là mêmes qui la professent en théorie l'abandonnent ou y apportent des exceptions quand il s'agit de l'appliquer. Ainsi Duvergier enseigne que si, au moment où la société est annulée, il reste une chose commune détenue par l'un des associés, celui-ci en peut être dessaisi sur la demande des autres, pour que le partage en soit fait entre tous, comme si une communauté de fait avait existé entre eux. On a dit avec raison que cela est illogique (1). L'inconséquence est évidente, puisque Duvergier admet le principe sur lequel l'opinion générale est fondée. Mais quelle est la raison de cette inconséquence? C'est le sens moral qui se révolte contre la conséquence à laquelle aboutit l'opinion généralement suivie. L'associé qui détient la chose commune la possède en vertu de la convention illicite, et il prétend se l'approprier au préjudice des autres associés, tout en étant aussi coupable qu'eux. Au point de vue moral, Duvergier a raison, mais il a tort d'accepter le principe juridique qui conduit à une conséquence que le sens moral réprouve.

(1) Duvergier, p. 42, n° 32. En sens contraire, Delangle, n° 102, et Pont, n° 55.

Toullier fait une autre distinction. Il y a des choses illicites par leur nature, le droit naturel les défend : tels sont les délits ordinaires; une société formée pour le vol et le brigandage ne peut jamais donner lieu à une action en justice. D'autres choses sont défendues seulement par le droit civil, c'est-à-dire par un droit arbitraire et sujet au changement : telle est la contrebande; le contrat, une fois la loi pénale satisfaite, devrait être considéré comme valable. Il est vrai que les lois prohibitives sont variables, mais, tant qu'elles subsistent, elles doivent être obéies; et si l'on y contrevient, les conventions sont illicites dans le sens des articles 6, 1131 et 1133. Cela n'est pas douteux. En réalité, la distinction de Toullier aboutit à donner action en vertu d'une convention illicite; en effet, il n'y a guère d'association pour le meurtre et pour l'adultère, ce sont des exemples donnés par Toullier; et s'il y a des associations qui ont pour objet le vol et le brigandage, on ne les a jamais vues agir en justice civile; les associés ne figurent que sur les bancs des criminels (1).

168. La jurisprudence n'a pas de principe certain, elle se décide d'après la faveur ou la défaveur attachées aux associations considérées comme illicites. Avant la loi française du 2 juillet 1862, les sociétés formées pour l'exploitation des charges d'agent de change étaient réputées illicites; néanmoins la jurisprudence, tout en les frappant de nullité pour l'avenir, leur donnait effet quant au passé. Les cours appliquèrent la même doctrine, pour mieux dire, elles montrèrent la même indulgence pour les sociétés qui ont pour objet un office; elles vont plus loin que nous; dans notre opinion, il n'y a jamais action qu'en

(1) Toullier, t. III, 2, p. 75, nos 125-127. En sens contraire, Troplong, n° 102, et tous les auteurs (Pont, n° 56).

vertu de la communauté de fait qui a existé entre les associés ; tandis que la jurisprudence procède au partage de l'actif et du passif d'après les bases établies par les conventions sociales. Toutefois ce n'est pas là une doctrine ; il y a des arrêts plus sévères qui, en déclarant nulle la société formée pour l'exploitation d'un office, interdisent aux parties toute action en révision des comptes et même en répétition des sommes touchées. Quels sont les motifs de cette faveur et de cette défaveur ? On chercherait vainement un principe dans ces décisions ; toujours est-il que la jurisprudence recule le plus souvent devant l'application du principe établi par la doctrine : c'est le sens moral qui décide, et, à ce point de vue, les juges admettront toujours difficilement que l'une des parties contractantes retienne, au préjudice des autres, le bénéfice fait en commun (1).

169. Quel est l'effet de la société illicite à l'égard des tiers ? Il s'agit de savoir si les associés peuvent se prévaloir de la nullité contre les tiers et si les tiers peuvent s'en prévaloir contre les associés. La question est controversée. Si l'on admet, comme nous venons de le dire, que la société illicite est un contrat inexistant, il faut appliquer les principes qui régissent ces contrats ; or, ce qui les caractérise, c'est que la loi n'en reconnaissant pas l'existence, par des motifs d'ordre public, toute personne intéressée peut en invoquer la nullité, pour mieux dire, l'inexistence (2). Quand même on n'admettrait pas la distinction entre les contrats inexistants et les contrats simplement nuls ou annulables, on arriverait à la même conclusion quand la cause du contrat est illicite ; en effet, la nullité est, en ce cas, d'ordre public ; et quand l'intérêt public exige l'annulation, la loi donne action à toute partie intéressée. Donc il n'y a pas à distinguer entre les associés et les tiers ; il faut s'en tenir aux termes absolus de l'article 1131 : les conventions sur une cause illicite ne peuvent avoir aucun effet.

(1) Voyez les arrêts cités par Pont, t. VII, p. 44, n° 57. Il faut ajouter Paris, 17 mars 1861 (Dalloz, 1862, 2, 105). Cet arrêt se rapproche de notre opinion. Tout en déclarant nulle, d'une nullité radicale, une association en nom collectif entre un pharmacien et deux médecins, la cour ajoute qu'elle a créé entre les parties une *communauté d'intérêts*, laquelle, d'après l'état des faits de la cause, doit être réglée dans les termes de la convention qui l'a constituée.

(2) Voyez le tome I de mes *Principes*, p. 106, n°s 71 et 72.

Les auteurs sont divisés. Il y en a qui distinguent : les associés ne peuvent invoquer la nullité contre les tiers, tandis que les tiers peuvent se prévaloir de la nullité contre les associés. On fonde cette distinction sur l'article 42 du code de commerce (art. 11 de la loi du 18 mai 1873), qui concerne la nullité résultant du défaut de publicité des sociétés commerciales (1). A notre avis, il n'y a aucune analogie entre une nullité établie uniquement dans l'intérêt des tiers qui contractent avec la société et une nullité d'ordre public, nullité qui prive le contrat de tout effet et le rend inexistant aux yeux de la loi. M. Pont propose une autre distinction. Quand les tiers connaissent ou ont pu connaître le caractère illicite de la convention, les parties peuvent leur opposer la nullité pour écarter l'effet de l'acte ; mais quand les tiers ignoraient la nature de la société, les parties ne peuvent pas se prévaloir contre eux de la nullité. L'article 1131 repousse cette distinction aussi bien que la première ; et, dans la théorie de l'inexistence des conventions illicites, on ne conçoit pas même que l'on distingue : le néant peut-il être validé et produire des effets parce que les tiers ignorent la cause qui rend le contrat inexistant ? Leur bonne foi ne peut pas donner à la société une existence légale qu'elle n'a point.

La jurisprudence a peu d'autorité en cette matière, parce qu'elle manque d'un principe certain. Tout en admettant que la convention pour l'exploitation d'un office est entachée d'une nullité radicale, elle donne effet à la société entre associés quand il s'agit d'une charge d'agent de change. A l'égard des tiers, la cour de Lyon a décidé qu'ils n'avaient point l'action solidaire qui leur appartiendrait si la société était licite ; toutefois elle leur a reconnu une action contre chacun des associés individuellement dans la proportion de son intérêt dans la société illicite.

(1) Talon, *Etude sur le contrat de société*, p. 89 et suiv. En sens contraire, Pont, t. VII, p. 39, n° 50.