

Alain Lienhard

C'est une double satisfaction que devrait inspirer cet arrêt de principe.

Première satisfaction, qui ne peut que faire l'unanimité : voilà enfin clarifiée la question de la portée de l'article 1858 du code civil en cas de liquidation judiciaire de la société civile, qui divisait quelque peu la doctrine, mais surtout la jurisprudence jusqu'au sein de la Cour régulatrice, encore les nuances entre ses formations apparaissaient-elles en définitive moins marquées que les hésitations qui semblaient n'en épargner aucune pour peu que l'on étendît le champ de recherche et de comparaison sur plusieurs années et sur l'ensemble des décisions publiées ou non. Quoi que l'on pense maintenant de la solution, il faut se réjouir de la sécurité juridique qu'elle ramène sur ce point qui n'a rien de marginal, au confluent de deux réalités statistiques, également frappantes mais pas si plaisantes l'une que l'autre : l'explosion du nombre de sociétés civiles, surtout de sociétés civiles immobilières, ces dernières en augmentation de 33 % de juin 2005 à 2006, d'un côté ; les chiffres toujours alarmants des défaillances d'entreprises sur lesquels évidemment la réforme de 2005 n'a su opérer de miracle, et, dans ce bilan sombre, la part encore écrasante des liquidations judiciaires, qui aujourd'hui comme hier sont l'aboutissement d'au moins 80 % des procédures collectives, de l'autre.

Deuxième satisfaction, sans doute plus subjective que la précédente puisqu'elle procède d'un jugement de valeur : tenant compte de la finalité tant de l'obligation indéfinie et conjointe aux dettes sociales des associés de sociétés civiles que de la liquidation judiciaire, la solution désormais franchement posée opte résolument pour le respect des droits des créanciers, c'est-à-dire pour le crédit des sociétés civiles.

A ces deux motifs de satisfaction, s'en ajoute un autre tenant à la limpidité de cette solution, conforme à l'avis de l'avocat général M. Régis de Gouttes, qui vide expressément deux questions plus ou moins directement soulevées par l'affaire déférée, tout en apportant des éléments de réponse sûrs à d'autres interrogations connexes. Et cela d'autant plus que la composition de la chambre mixte était on ne peut plus la large en la matière, réunissant des conseillers des première, deuxième, troisième chambres civiles et de la chambre commerciale, toutes susceptibles de connaître du sort de sociétés civiles défaillantes ou de leurs associés poursuivis subsidiairement, même si ce sont aux deux dernières formations, respectivement juge suprême des sociétés civiles immobilières et des entreprises en difficulté, que revient l'essentiel du contentieux en cassation.

Au-delà des précieux enseignements directs qu'il fournit, l'arrêt du 18 mai 2007 apporte donc une lumière plus large sur les risques des associés de sociétés civiles en cas de procédure collective frappant la personne morale.

#### 1° Les apports directs de la solution

Etant rappelé qu'aux termes de l'article 1858 du code civil, « les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale », la Chambre mixte répond, principalement, à la question de savoir comment le créancier peut remplir la condition de « vaine poursuite » lorsque une société civile soumise aux dispositions de droit commun du code civil (en fait, surtout les SCI, et à l'exception, notamment, des sociétés civiles professionnelles et des sociétés civiles de construction) fait l'objet d'une liquidation judiciaire. Et, accessoirement, à cette autre question, que ne soulevait pas expressément le pourvoi, relative à la portée de la

condition cumulative de « poursuite préalable » en cas de procédure collective.

La synthèse établie par l'avocat général afin d'éclairer la Cour dispense de l'exercice fastidieux qui consisterait à retracer les méandres de la jurisprudence à cet égard. S'en tenant surtout, c'est normal, à la Cour de cassation, l'avis (en ligne sur [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)) relève trois conceptions de la notion de « vaine poursuite ».

D'abord, selon ses termes, l'interprétation « stricte » ou « restrictive », revenant à exiger du créancier l'exercice de poursuites au sens du droit des voies d'exécution seules à même de démontrer l'insuffisance patrimoniale de la société, quitte à protéger excessivement les associés, freinant l'action du créancier social autant qu'il offre de temps de répit aux débiteurs de second rang que les moins scrupuleux mettent à profit pour se rendre insolvable. Parmi les décisions citées à l'appui, celle-ci de la troisième chambre civile (6 janv. 1999, Bull. civ. III, n° 5 ; D. 1999. IR. 38 ; Rev. sociétés 1999. 376, note J.-F. Barbière [📄](#) ; RTD com. 1999. 452, obs. Monsérié-Bon [📄](#) ; Bull. Joly 1999. 455, note Le Cannu), et celle-là de la Chambre commerciale (27 sept. 2005, Bull. civ. IV, n° 188 ; D. 2005. AJ. 2526, obs. A. [Lienhard](#) [📄](#) ; Dr. sociétés 2005, n° 211, note F.-X. Lucas ; Bull. Joly 2006. 235, note Reygrobellet).

Ensuite, et à l'inverse, une interprétation dite « libérale », plus rarement soutenue et illustrée (V. Com. 24 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 375 ; Bull. Joly 1993. 483, note Dereu), si bien qu'elle paraît en voie d'abandon (V. Civ. 3e, 8 oct. 1997, Bull. civ. III, n° 191 ; D. 1998. Jur. 139, note Gibirila, et Somm. 398, obs. Hallouin [📄](#) ; Rev. sociétés 1998. 112, note J.-F. Barbière [📄](#)), se contentant, par une assimilation, abusive au regard des textes distincts, de la notion de « vaine poursuite », en cause, à celle de « vaine mise en demeure », empruntée aux régimes voisins des sociétés en nom collectif, ou encore à ceux des sociétés civiles professionnelles ou des sociétés civiles de construction-vente.

Enfin -et à tous les sens du terme, puisqu'il s'agirait de l'aboutissement synthétique d'une évolution -, la troisième voie « intermédiaire », conciliatrice des intérêts antagonistes en présence autant que pragmatique, qui, tout simplement, exige que le créancier prouve par tout moyen que la créance ne pourra être honorée par la société, ce qui, dans l'hypothèse d'une liquidation frappant celle-ci, résulterait suffisamment de la déclaration et de l'admission de créance au passif, sans qu'il soit besoin d'attendre la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif (V., par exemple, Com. 24 janv. 2006, Bull. civ. IV, n° 17 ; D. 2006. AJ. 445, obs. A. [Lienhard](#) [📄](#) ; Rev. sociétés 2006. 410, note J.-F. Barbière [📄](#), et 2006. 637, note Bonneau [📄](#) ; RTD com. 2006. 435, obs. Monsérié-Bon [📄](#) ; Dr. sociétés 2006, n° 73, note F.-X. Lucas ; Bull. Joly 2006. 588, note Daigre).

C'est indiscutablement cette dernière approche que consacre la chambre mixte, par cette affirmation univoque : « la déclaration de la créance à la procédure dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser ». Cette déclaration, équivalant à une demande en justice en vertu d'une jurisprudence constante construite sur le terrain de la validité des déclarations par l'intermédiaire de préposés ou de mandataires de personnes morales, et aucun autre acte de poursuite ne pouvant prospérer en raison de la suspension des poursuites individuelles, il s'agit donc là d'une condition suffisante. Et générale, ce qui signifie ainsi qu'elle profite aussi aux créanciers privilégiés ou titulaires d'une sûreté sur la société, qui pourtant, à la différence des créanciers chirographaires, ne perdent pas toute chance de voir leur créance recouvrée du fait de la liquidation judiciaire. Notons que cette équivalence entre déclaration de créance et acte de poursuite avait déjà été posée, il y a peu, par la Chambre commerciale, à propos de l'exigence légale d'une mise en demeure par acte extrajudiciaire de la société en nom collectif préalable à la poursuite des associés en nom (Com. 19 déc. 2006, Bull. civ. IV, n° 262 ; D. 2007. AJ. 92, obs. A. [Lienhard](#) [📄](#)).

Quant au caractère préalable de la poursuite, les faits assez compliqués de l'espèce ont permis à la chambre mixte d'apporter, là aussi, une utile précision. Qu'importe au juste ces faits (une résolution de plan de continuation conduisant à l'ouverture d'une liquidation judiciaire, laissant planer une incertitude sur le renouvellement de la déclaration dans la procédure subséquente, nécessaire avant la loi du 26 juillet 2005 pour être admis, mais plus depuis en vertu du nouvel article L. 626-27 du code de commerce). Ce qui compte est cette

règle exprimée par l'arrêt : « l'action peut être régularisée si la créance a été régulièrement déclarée à la procédure ».

Dans le contexte, il faut sans doute comprendre que la Cour veut dire que, même si la créancier n'avait pas déclaré sa créance à la liquidation judiciaire, comme il l'avait fait au redressement judiciaire initial, la condition de « poursuite préalable » (sous-entendu : remplie par la déclaration) serait, par là, « régularisée », autorisant, sinon l'admission sous le régime de la loi de 1985, du moins l'action contre l'associé. Certes, alors, la régularisation aurait ceci de particulier qu'elle serait en quelque sorte intervenue *a priori*.

Impossible cependant de ne pas lire aussi dans cette nouvelle souplesse dédiée au créancier un démenti à la sévère solution prônée par la Chambre commerciale récemment, selon laquelle « l'inefficacité des poursuites contre la société doit être constatée préalablement à l'engagement des poursuites contre les associés » (Com. 27 sept. 2005, préc.). De sorte qu'il semble désormais que la fin de non-recevoir opposée par l'associé poursuivi, tirée du défaut de poursuite préalable de la société, puisse être paralysée par une déclaration au passif postérieure, mettant fin à la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir, à la double condition, bien entendu, qu'elle intervienne, à la fois, dans le délai préfix de déclaration, et avant que le juge ne statue, conformément à la règle procédurale de l'article 126 du NCPC (sur ce point, V. le rapport de Mme Besançon, en ligne sur le site de la Cour).



D'autres enseignements sont livrés par l'arrêt du 16 mai 2007.

## 2° Les enseignements indirects de la solution

Indirect, mais pas moins certain pour ce qui est du premier de ces enseignements implicites. Tant cela va de soit que l'on ose pas le souligner. Quand même, mieux vaut le dire, sans s'y attarder : bien sûr, la solution ne saurait s'étendre aux autres procédures collectives que la liquidation judiciaire. Ni au redressement judiciaire, ni, *a fortiori*, à la sauvegarde. La raison n'a rien de mystérieux : parce que, là, le créancier social n'est pas perdant à tous les coups, et que, devrait-il renoncer à partie de sa créance du fait des remises et délais accordés, ces efforts seraient le résultat des sacrifices consentis (ou imposés) dans le cadre du plan, au nom de la croyance en le sauvetage de l'entreprise, dont les associés peuvent se prévaloir (Com. 23 janv. 2001, Bull. civ. IV, n° 24 ; D. 2001. AJ. 781, obs. A. Lienhard, et Somm. 3427, obs. A. Honorat ; RTD com. 2001. 472, obs. Monsérié-Bon ; Rev. sociétés 2001. 847, note Dom). C'est bien évidemment l'issue désespérée de la liquidation judiciaire, qui n'a d'autre finalité que le désintéressement au mieux des créanciers, qui commande la lecture stricte de la solution (selon la même logique que pour ce qui est de l'exceptionnelle tierce opposition au jugement d'ouverture accordée à l'associé de SCI : Com. 19 déc. 2006, Bull. civ. IV, n° 254 ; D. 2007. AJ. 157, obs. A. Lienhard, et Jur. 1321, note Orsini ; Dr. sociétés 2007, n° 22, note Lécuyer, et n° 24, note F.-X. Lucas ; JCP E 2007. 1186, note Cholet ; comp., pour une opinion contraire, le redressement pouvant être converti en liquidation judiciaire : Bonneau, Rev. sociétés 2007, note à paraître).

Autre quasi-certitude : la condition suffisante de la déclaration de la créance à la liquidation judiciaire de la société devrait se concevoir aussi comme une condition nécessaire. Autrement dit, le créancier qui n'aurait pas procédé à cette formalité, n'aurait aucun autre moyen, en cours de procédure, d'établir, à fin de poursuite subsidiaire d'un associé, que le patrimoine de la société serait d'évidence insuffisant à honorer la dette sociale. Car, dans ce cas, la condition de poursuite préalable ne pourrait, par hypothèse, pas être remplie.

En irait-il de même après clôture de la procédure, sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 ? La question mérite d'être posée. En effet, pour les procédures ouvertes avant le 1er janvier 2006, il fallait que le créancier eût déclaré sa créance dans les délais, car l'extinction de celle-ci, à défaut, libérait aussi les associés (Civ. 3e, 10 juill. 1996, D. 1997. Somm. 80, obs. A. Honorat). Or, on le sait, pour les procédures collectives ouvertes depuis cette date, l'absence de déclaration n'entraîne plus l'extinction de la créance mais seulement la mise à l'écart du créancier des répartitions et des dividendes. Il n'en reste pas moins que, en pratique, ce défaut de déclaration pourrait équivaloir toujours à un défaut

de poursuite préalable de la société, entraînant l'irrecevabilité de l'action contre un associé. En effet, dans la seule hypothèse délicate, où le créancier recouvrerait son droit de poursuite individuelle contre la société à l'issue de la procédure collective (c'est-à-dire, vraisemblablement, en cas de liquidation judiciaire, dans les cas prévus par l'article L. 643-11 du code de commerce, encore cette possibilité demeure-t-elle elle-même très controversée : V. F. Derrida et J.-P. Sortais, La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives, Petites affiches, 22 mars 2006, p. 7 ; M.-H. Monsérié-Bon, Les effets inattendus de l'absence d'extinction des créances non déclarées menacent-ils la procédure de sauvegarde,? D. 2006, Point de vue, p. 1282 ) , il devrait alors l'exercer à fin de prouver son insolvabilité, avant d'agir contre les associés, ce qui risque de poser la question de l'acquisition de la prescription à moins que ne puisse s'appliquer l'adage *Contra non valentem* ... , ce qui ne va cependant pas de soi compte tenu de la négligence du créancier (V. note J.-F. Barbière, ss. Com. 6 juill. 2005, Rev. sociétés 2006. 99 ).

**Mots clés :**

SOCIETE CIVILE \* Associé \* Obligation aux dettes \* Procédure collective \* Créancier \* Poursuite individuelle \* Personne morale \* Poursuite vaine et infructueuse \* Liquidation judiciaire