

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



**ISABELLE
RIASSETTO**
Professeur à
l'Université du
Luxembourg

Société civile – Liquidation amiable – Radiation au registre du commerce – Poursuites en paiement contre un associé – Vaines poursuites préalables contre la société – Présomption d'insuffisance d'actif.

Cass. Civ. 3^e, 10 février 2010, Camefi c/ Filippi, n° 09-10.982

Si la personnalité morale d'une société dissoute subsiste aussi longtemps que ses droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés, la clôture de la liquidation dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser.



**QUENTIN
URBAN**
Maître de
conférences
à la Faculté
de droit de
Strasbourg

À l'égard des tiers, les associés d'une SCI répondent indéfiniment des dettes sociales, à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ; les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale (C. civ., art. 1858). Sous cette formulation ambiguë et floue, le législateur avait maladroitement voulu octroyer aux associés d'une société civile le bénéfice de discussion¹.

La jurisprudence fixe depuis quelques années des lignes directrices permettant de mieux délimiter la portée de la notion de poursuites préalables et vaines, en écartant toute assimilation à un bénéfice de discussion : une distinction est faite selon que la société civile est soumise ou non à une procédure collective. Dans le cadre d'une procédure collective, la déclaration de la créance à la procédure dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser : la déclaration de créance équivaut à un acte de poursuite, qui permet en outre de présumer l'insuffisance d'actif sans attendre la clôture de la procédure². En l'absence de procédure collective ouverte contre la société, l'inanité des poursuites découle de l'accomplissement d'actes d'exécution restés infructueux et susceptibles de prouver que le patrimoine de la société est insuffisant pour désintéresser le créancier ; le caractère vain des poursuites n'implique pas, contrairement au bénéfice de discussion opposé par une caution, épuise-



**MICHEL
STORCK**
Professeur
à la Faculté
de droit de
Strasbourg

ment des voies de poursuite ou de recouvrement contre la société débitrice³.

Un arrêt de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation du 10 février 2010 apporte des précisions complémentaires lorsqu'une société civile *in bonis* est dissoute. Cette situation vise notamment les créanciers des SCI constituées pour mener à bien une opération immobilière unique, et qui, après achèvement du programme, sont dissoutes et liquidées. Après clôture et publication de la liquidation amiable, le créancier social qui veut poursuivre un associé sur le fondement de l'article 1858 du Code civil ne peut plus exercer de poursuites préalables contre la société : pour établir l'inanité des poursuites préalables, ce créancier doit-il justifier que l'actif social n'aurait pas été suffisant pour le désintéresser ? La Haute Juridiction écarte une telle exigence ; l'arrêt du 10 février 2010 introduit une nouvelle présomption qui vient compléter celle formulée par l'arrêt de la chambre mixte du 18 mai 2007 sur l'équivalence entre déclaration de créance et insuffisance d'actif : la clôture de la liquidation amiable de la société civile a valeur de présomption d'insuffisance d'actif.

En cette espèce, un établissement de crédit avait consenti à une société civile immobilière un prêt garanti par une hypothèque. La SCI n'ayant pas respecté les échéances de remboursement du prêt, l'établissement de crédit a fait procéder à une saisie sur l'immeuble donné en garantie puis, n'ayant pu recouvrer qu'une partie de sa créance, a assigné un associé de la SCI en paiement du solde de sa créance à proportion de sa part dans le capital social. La demande a été déclarée recevable par la cour d'appel d'Aix en Provence, au motif que le créancier n'ayant eu connaissance de l'insuffisance du prix d'adjudication qu'à une date très proche de celle de la dissolution de la SCI, l'exercice de toutes autres nouvelles poursuites était vain, le patrimoine de la SCI ayant été entièrement réalisé par suite de la préemption de l'autre bien immobilier (CA Aix-en-Provence, 1^{er} octobre 2003). Cet arrêt a été cassé : « en statuant ainsi, par des motifs qui ne suffisent pas à établir que toutes autres poursuites contre la SCI auraient été, du fait de l'insuffisance du patrimoine social, privées d'efficacité, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (Cass. 3^e civ.

1. V. JO déb. Sénat 11 mai 1973, p. 341.

2. V. nos observ. *Banque et Droit*, juillet-août 2009, p. 47 et les références citées.

3. *Ibid.*

6 juillet 2005, Bull. 2005, III, n° 153). Sur renvoi, la cour d'appel de Montpellier (CA Montpellier, 23 mai 2006), a rejeté la demande du créancier au motif que la caisse n'avait pas pris les mesures qui s'imposaient en temps utile : « [...] la caisse, qui avait d'autres possibilités de se garantir avant de poursuivre M. X. [...], a montré sa négligence et ne s'est pas conformée aux prescriptions de l'article 1858 du code civil [...] ». Cet arrêt a été cassé par la chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. Com. 20 novembre 2007) : « en statuant ainsi, alors que la poursuite d'un associé par les créanciers pour le paiement des dettes sociales, n'est soumise qu'à la seule condition d'une vaine et préalable poursuite contre la personne morale, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Statuant sur renvoi, la cour d'appel de Montpellier (CA Montpellier, 18 nov 2008) a rejeté une nouvelle fois la demande, au motif que l'établissement de crédit avait su, dès la date du jugement d'adjudication de l'immeuble sur lequel il avait pris une garantie hypothécaire, que sa créance ne serait pas intégralement payée, qu'il n'avait pas pour autant poursuivi la société en vue du paiement du solde de sa créance, alors que celle-ci était in bonis, percevait des loyers et était propriétaire d'un autre bien immobilier. Ce 3^e arrêt d'appel est cassé par un 3^e arrêt de cassation du 10 février 2010 : « en statuant ainsi, alors que si la personnalité morale d'une société dissoute subsiste aussi longtemps que ses droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés, la clôture de la liquidation dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser, la cour d'appel qui a constaté que, le 31 décembre 1994, la société était dissoute et que ses opérations de liquidation étaient clôturées, sa radiation au registre du commerce et des sociétés étant publiée le 1^{er} février 1995, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1858 du Code civil ».

En cette espèce, si le créancier a pu être considéré par les juges du fond comme négligeant dans l'exercice des poursuites contre la société civile débitrice, sa persévérance procédurale est en revanche manifeste : trois arrêts de cassation, quinze années de procédure pour avoir confirmation que l'action en paiement des dettes sociales d'un créancier contre un associé d'une société civile n'est pas subordonnée à la preuve d'une absence de négligence du créancier avant clôture de la liquidation de la société !

Un double assouplissement de la notion de poursuites préalables et vaines est ainsi introduit par la jurisprudence quand la société débitrice in bonis est dissoute. D'une part, le créancier n'est pas tenu d'avoir exercé des poursuites avant la clôture de la liquidation et il n'est pas même nécessaire de demander la désignation d'un mandataire ad hoc chargé de rouvrir les opérations de liquidation⁴. D'autre part, la perte de personnalité morale de la société entraîne disparition de l'actif social, caractérisant ainsi l'insuffisance de l'actif social qui ouvre aux

créanciers les voies de recouvrement contre les associés. Cette application pragmatique et non littérale de l'article 1858 du Code civil devrait mettre fin aux manœuvres dilatoires de la part des associés : la subsidiarité de l'obligation des associés au paiement du passif social cède dès lors qu'après publication de la liquidation de la société, l'inanité de poursuites en paiement contre la société est manifeste.

M. S.

Groupement d'intérêt économique (GIE) – Relations entre le GIE et ses membres – Obligation à la dette des membres du GIE – Condamnation à paiement du GIE – Nullité des actes de dissolution du GIE – Désignation d'un administrateur provisoire du GIE – Jugements nonavenus (non) – Tierce opposition des membres du GIE aux jugements rendus (non) – Membres du GIE valablement représentés par le GIE (oui).

Cour de cassation, chambre commerciale, 9 juillet 2009 n° 08-16513, Société CFI et c/Sté WES, non publié ; cet arrêt a déjà été commenté au Bulletin Joly sociétés, février, p. 151, § 33, par O. Staes

Les membres d'un GIE ont formé tierce opposition à trois jugements : le premier condamnait le GIE à verser une somme d'argent à un créancier, le second annulait les actes de dissolution du GIE et le troisième désignait un administrateur provisoire à la tête du GIE. Pour la Cour de cassation, seule la partie défaillante, cad le GIE, peut se prévaloir du caractère non avenu des décisions rendues. Par ailleurs, les sociétés membres du GIE ne peuvent pas former tierce opposition des jugements qui ont condamné le GIE. Elles avaient été valablement représentées aux instances opposant le GIE à la société WES.

Etre membre d'un GIE peut faciliter la mise en commun de moyens entre entreprises, mais ce n'est pas sans risques financiers. L'article L 251-6 du Code de commerce prévoit en effet que les membres du groupement sont solidairement tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre. En conséquence, une condamnation du GIE à paiement d'une dette permet au créancier de poursuivre individuellement chacun des membres du GIE. L'article L. 251-6 du Code de commerce pose une seule condition à cette obligation à la dette : avoir vainement mis en demeure le groupement par acte extrajudiciaire (C. com. art. L. 251-6 al 2).

En l'espèce, la société WES avait obtenu condamnation du GIE EXODIS à paiement d'une créance par un jugement du 4 septembre 2004 ; mais, il avait fallu un second jugement en date du 16 novembre 2004, en raison d'une omission du juge, pour faire droit à la demande de la société WES qui sollicitait aussi l'annulation des actes de dissolution du GIE. Comme il n'y avait plus de dirigeant à la tête du GIE, il avait fallu enfin que le créancier demande en justice la désignation d'un administrateur provisoire pour que les premières décisions puissent être valablement signifiées. L'ultime décision judiciaire avait

4. Cass. 3^e civ., 12 septembre 2007, n° 06-15.329, FS-P+B, Société civile de construction Figimo c/ SNC Rue des Orteaux : Juris-Data n° 2007-040337 ; Bulletin 2007, III, n° 142 - Cass. 3^e civ., 31 mars 2004, n° 01-16.971, FS-P+B, Koprivica c/ Sté Solive : Juris-Data n° 2004-023100 ; « Dr. sociétés » 2004, comm. 123, obs. F.-X. Lucas ; JCP E 2004, 890 ; Bull. civ. 2004, III, n° 67 ; BRDA 8/2004, n° 4 ; RJDA 2004, n° 850 ; Bull. Joly Sociétés 2004, p. 998, note J.-P. Garçon

été rendue le 2 juin 2005 et les deux premiers jugements avaient été notifiés au GIE le 7 juillet 2005.

Pour parer aux risques d'avoir à s'acquitter de la dette de la société WES en lieu et place du GIE EXODIS, les membres du GIE avaient formé tierce opposition aux premiers jugements, en soutenant que ceux-ci avaient été signifiés trop tard au GIE et qu'ils étaient donc non avenus. Prévue à l'article 582 du Code de procédure civile, la tierce opposition est une intervention d'un tiers au procès qui « tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque ». Et c'est l'article 478 du Code de procédure civile qui prive d'effet un jugement qui n'a pas été signifié dans le délai de 6 mois de sa date⁵. En réponse à cette demande, la cour d'appel de Reims a dans son arrêt du 25 mars 2008 considéré que les intérêts des membres du GIE avaient été valablement représentés par le GIE dans les instances qui les opposaient à la société WES et que, par ailleurs, la signification des jugements de septembre 2004 avait été réalisée dans le délai de 6 mois imposé par l'article 478 du CPC compte tenu de la suspension intervenue entre le 8 avril 2005, date de la requête en désignation d'un administrateur et le 8 juin 2005, date de nomination de celui-ci.

Dans son arrêt du 9 juillet 2009, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre la cour d'appel de Reims mais en modifiant les motifs, considérant que les membres d'un GIE n'ont pas qualité à se prévaloir du caractère non avenu et ne former tierce opposition d'un jugement concernant un GIE dont ils sont membres.

Sur le défaut de qualité des membres d'un GIE pour se prévaloir du caractère non avenu du jugement

Pour rejeter la demande des membres qui tendait à faire déclarer le jugement non avenu la cour d'appel avait considéré que le délai de 6 mois accordé par l'article 478 du Code de procédure civile n'était pas expiré car il avait été suspendu pendant la période de temps où le GIE n'avait plus de représentant légal. En effet, après avoir obtenu condamnation du GIE et annulation des actes de dissolution, il avait dû attendre quelques mois avant qu'un juge ne désigne un administrateur provisoire habilité à recevoir la signification. Dès cette nomination le délai pour signifier avait repris. Et comme la signification des premières décisions avait suivi de quelques semaines la désignation de l'administrateur, le jugement n'était pas caduc et continuait de produire ses effets.

À cette computation du délai réalisée par les magistrats du fond, la Cour de cassation préfère une règle simple et tranchante : seule la partie défaillante au procès peut se prévaloir du défaut de notification dans le délai de 6 mois. En creux, cela signifie que la Cour de cassation ne considère pas les membres du GIE comme partie au procès. La solidarité à la dette sociale des membres du GIE ne justifie pas l'accession à cette qualité de partie

au procès. Soutenir le caractère non avenu du jugement est réservé à l'avocat du GIE qui formera éventuellement appel. Ce privilège est confirmé par le refus d'accueillir la tierce opposition des membres du GIE aux jugements rendus.

Sur l'irrecevabilité de la tierce opposition

La tierce opposition est un moyen d'intervenir au procès sans être demandeur ou défendeur. Cette possibilité est offerte par l'article 583 du Code de procédure civile. Dans une jurisprudence déjà bien établie la Cour de cassation considère que les associés d'une société ont leurs intérêts représentés par la société partie au procès⁶, et cela même si le représentant légal n'a pas comparu⁷. Ils ne peuvent donc former tierce opposition. Cette jurisprudence doit cependant être tempérée par l'exception prévue par l'alinéa 2 de l'article 583 du Code de procédure civile qui admet l'opposition des créanciers ou des ayants cause lorsqu'il y a eu fraude à leurs droits ou s'ils invoquent des moyens qui leur sont propres. Victimes d'une fraude ou pour invoquer des droits qui leur sont propres, les membres du GIE recouvrent leur qualité de tiers pour former tierce opposition.

Mais, ce dispositif juridique n'est pas aussi découpé et ferme qu'il y paraît. Des brèches paraissent s'ouvrir lorsque le GIE fait l'objet d'une procédure collective. En effet, un arrêt de la Cour de cassation a admis qu'en application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme les associés d'une SCI ne pouvaient être privés de la possibilité de former tierce opposition contre un jugement d'ouverture d'une liquidation judiciaire. Pourquoi ne pas transposer cette solution aux GIE faisant l'objet d'une liquidation judiciaire puisque les associés d'une SCI sont dans une situation voisine des membres du GIE ? Les uns sont débiteurs conjoints des dettes de la SCI, les autres débiteurs solidaires du GIE. Certains auteurs franchissent le pas⁸. D'autres vont encore plus loin en suggérant d'ouvrir la possibilité pour les membres de former tierce opposition lorsque les GIE sont in bonis par application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, l'arrêt du 9 juillet 2009 atténue la crédibilité de ces esquisses doctrinales !

Q. U.

5. L'alinéa 2 de l'article 478 du CPC précise que la forclusion n'est pas définitive car il est possible de reprendre la procédure après réitération de la citation primitive.

6. Cass. 3^e civ., 20 février 2002, n° 00-14845, Bull. civ. III, n° 45.

7. Cass. com., 23 mai 2006, n° 04-20149.

8. V.P. Cagnoli et J. Vallansan, Bull. Joly Sociétés 2007, p. 466, § 122.

Société créée de fait – Concubins – Rupture du concubinage – Éléments caractéristiques du contrat de société (C. civ., art. 1832) – Preuve – Établissement séparé de chaque élément.

Cass. 1^{re} civ., 20 janvier 2010, n° 08-13.200 (n° 58 FS-P+B)⁹

L'existence d'une société créée de fait entre concubins, qui exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, nécessite l'existence d'apports, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles pouvant en résulter. Ces éléments cumulatifs doivent être établis séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres.

À la suite de leur rupture, les concubins se tournent souvent, en l'absence de dispositions spécifiques, vers le droit commun pour le règlement de leurs intérêts patrimoniaux. La tentation est grande d'invoquer l'existence d'une société créée de fait¹⁰, notamment lorsqu'ils ont contracté ensemble un emprunt pour financer la construction d'une maison individuelle.

Il fut un temps où cette voie était praticable. Inspirée par des considérations d'équité, la première chambre civile de la Cour de cassation a pu en effet accepter que la mise en commun des ressources financières de concubins pour la réalisation d'un projet immobilier commun suffise à caractériser les éléments d'une société créée de fait¹¹. Cette méthode « déductive »¹² ou globalisante, reposant sur des présomptions, permettait de pallier la principale difficulté de l'opération de qualification de la société créée de fait consistant à établir la preuve de l'existence de l'*affectio societatis*.

Un premier « tour de vis » a été donné par cette même formation dans un arrêt du 12 mai 2004 qui censure l'arrêt d'une cour d'appel pour avoir caractérisé l'existence d'une société créée de fait « sans relever aucun élément de nature à démontrer une intention de s'associer distincte de la mise en commun d'intérêts inhérents à la vie maritale »¹³. Quelques semaines plus tard, le 23 juin 2004, la Chambre commerciale de la Haute Juridiction énonçait clairement que les trois éléments caractéristiques du contrat de société « doivent être établis séparément et ne peuvent se

déduire les uns des autres »¹⁴, s'inscrivant ainsi dans la plus pure orthodoxie du droit des sociétés¹⁵.

Aussi, convient-il de se féliciter de ce que la première chambre civile de la Cour de cassation vienne resserrer encore d'un cran sa position en s'alignant sur celle de la chambre commerciale. Dans un arrêt du 20 janvier 2010, ayant l'honneur d'une publication au Bulletin, elle énonce en une formulation de principe que « l'existence d'une société créée de fait entre concubins, qui exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, nécessite l'existence d'apports, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles pouvant en résulter » et que « ces éléments cumulatifs doivent être établis séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres ». Ensuite, la Haute Juridiction casse pour défaut de base légale l'arrêt de la cour d'appel de Fort-de-France qui avait décidé que les concubins « en prenant la décision d'effectuer un emprunt pour financer un projet commun de construction d'une maison ont témoigné d'une affectio societatis, leur but étant de partager la vie de famille stable puisqu'ils avaient un enfant commun », au motif que « l'intention de s'associer en vue d'une entreprise commune ne peut se déduire de la participation financière à la réalisation d'un projet immobilier et est distincte de la mise en commun d'intérêts inhérents au concubinage ».

Cette approche rigoureuse est conforme à la lettre de l'article 1832 du Code civil et permet d'encadrer le contrôle de motivation exercé par la Cour de cassation¹⁶. La première chambre civile adresse ainsi un message clair aux juges du fond qui se laisseraient émouvoir par la situation du concubin abandonné. Pour autant, il ne convient pas d'en déduire qu'à l'avenir aucune société créée de fait ne pourra plus exister entre concubins. Cette formulation rigoureuse tend seulement à dissuader les concubins et leurs conseils d'instrumentaliser la société créée de fait dans le but de régler les effets patrimoniaux de la rupture de leur concubinage. Il appartiendra seulement à celui qui se prévaut de l'existence d'une telle société de rapporter méthodiquement la preuve de chaque élément pris isolément.

La difficulté résidera certainement, comme en l'espèce, dans la démonstration de l'existence autonome de l'élément psychologique qu'est l'*affectio societatis*¹⁷. En l'ab-

9. D. 2010, p. 323 et p. 525, obs. N. Auroy ; Dr. famille, mars 2010, comm. n° 35, note V. Larribau-Terneyre ; Rev. Lamy Dr. affaires 2010, n° 2750.

10. Sur la question, V. F.-X. Lucas, « La société dite "créée de fait" », « Mélanges Y. Guyon », Dalloz, 2003, p. 737 ; S. Vacrata, « La société créée de fait, essai de théorisation », LGDJ, 2003, Coll. « Bibl. Droit privé », t. 405, préf. H. Lécuyer ; A. Prothais, « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », JCP 1990, I, 3440.

11. Cass. 1^{re} civ., 11 février 1997, n° 95-13.029 ; Bull. civ., I, n° 46 ; Bull. Joly Société 1997, p. 472, note J. Vallansan ; JCP G 1997, II, 22820, note T. Garé ; 26 juin 2001, n° 98-16.90 ; Dr. fam. 2006, comm. n° 28 note H. Lécuyer ; LPA, 15 juillet 2002, p. 24 note V. Bouchard.

12. V. Larribau-Terneyre, note sous Cass. 1^{re} civ., 20 février 2010, précité.

13. Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004, n° 01-03.909 ; Bull. civ., I, n° 131 ; D. 2004, AJ, p. 1672 ; D. 2004, somm. p. 2928, obs. E. Lamazerolles ; JCP E 2004, 1510, n° 8, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; Dr. fam. 2004, n° 168, note V. Larribau-Terneyre ; RTD civ. 2004, p. 487, obs. J. Hauser ; RTD com. 2004, p. 743, obs. C. Champaud et D. Danet ; Rev. sociétés 2005, p. 131.

14. Cass. com., 23 juin 2004, n° 01.10.106 ; Bull. civ., IV, n° 134, et n° 01.14.275 ; Bull. civ., IV, n° 135 ; BICC, 15 octobre 2004, n° 1521 ; D. 2004, somm. p. 2969, obs. Vigneau ; AJ fam. p. 324, obs. F. Bicheron ; JCP 2005, I, 116, n° 3, obs. Favier ; JCP E 2004, 1510, n° 9 obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; Bull. Joly sociétés, 2005, p. 295, note J. Vallansan ; Dr. sociétés 2004, comm. n° 163, note F.-G. Trébulle ; Dr. fam. 2004, n° 168, note V. Larribau-Terneyre ; Dr. et patrim. déc. 2004, p. 96, obs. D. Poracchia ; RLDC 2004, p. 50, note F. Leandri ; RTD civ. 2004, p. 487, obs. J. Hauser ; RTD com. 2004, p. 740, obs. C. Champaud et D. Danet ; Rev. soc., 2005, p. 131, note F.-X. Lucas ; Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-18.301 et 08-18.303.

15. Cass. com., 10 décembre 1973, Rev. sociétés 1975, p. 66, note Ph. Merle ; Cass. com., 7 avril 1998, Dr. famille 1998, comm. n° 82, note H. Lécuyer ; Bull. Joly 1998, p. 792, note Y. Dereu ; Cass. com., 9 octobre 2001 ; Bull. Joly 2002, p. 274, note P. Scholer ; Dr. sociétés 2002, comm. n° 36, note Th. Bonneau.

16. En ce sens, obs. N. Auroy, D. 2010, p. 525, n° 3.

17. Il peut être également délicat de démontrer la volonté de participer aux bénéfices ou aux économies et aux pertes. En l'espèce, la cour d'appel avait caractérisé cet élément, la concubine assurant l'entretien et les charges de l'immeuble ainsi que les impôts et taxes y afférents.

sence de définition légale¹⁸, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé la notion dans l'un des arrêts rendus le 24 mai 2004 précité, comme « l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun »¹⁹. Le présent arrêt fait référence à « l'intention de s'associer en vue d'une entreprise commune ». À défaut de préciser en quoi consiste cette entreprise commune, l'arrêt – comme avant lui celui du 12 mai 2004 précité – pose en critère négatif ce qu'elle n'est pas. Elle doit en effet être « distincte de la mise en commun d'intérêts inhérents au concubinage » quels qu'ils soient. Ces « intérêts inhérents au concubinage » sont ceux qui trouvent leur ancrage dans la notion de « vie commune ». Il va sans dire que la cohabitation de deux personnes, même stable et prolongée, de même que l'existence d'enfants communs ne sauraient être tenues pour les signes d'une *affectio societatis*. Affirmer le contraire reviendrait à soutenir que le concubinage donne en tant que tel naissance à une société ! L'achat en commun de biens mobiliers et immobiliers destinés à la vie du couple ainsi que les financements contractés en commun dans ce but ne constituent guère plus une preuve de cet élément intentionnel²⁰.

En revanche, dans le cadre d'une participation à une entreprise commune au sens technique du terme, telle qu'à un fonds de commerce, artisanal ou agricole créé et exploité en commun, cet élément peut être mis en évidence²¹. Son existence est toutefois appréciée souverai-

nement par les juges du fond, ce qui peut être source de solutions divergentes. À toutes fins utiles, les concubins pourront en faire la déclaration préalable, par exemple devant notaire. Mais une telle formalisation n'est autre que le premier pas vers la constitution d'une société en participation, dont la société créée de fait suit le régime (C. civ., art. 1873). À défaut de pouvoir rapporter cette preuve, la voie offerte par ailleurs au concubin, sur le terrain de l'enrichissement sans cause, est très étroite²². Dans un autre arrêt rendu le 20 janvier 2010 (n° 08-16.105), la première chambre civile de la Cour de cassation a en effet décidé que « l'assistance apportée sur le plan administratif par la concubine à la bonne marche de l'entreprise artisanale [...] qu'elle avait constituée avec son concubin n'excédait pas la simple entraide. De la sorte, est justifiée la décision ayant déduit que la concubine n'était pas fondée à réclamer une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause ».

Plus généralement, dans une perspective de gestion patrimoniale, ces arrêts sont l'occasion de rappeler la nécessité pour des concubins de s'interroger, avant de réaliser des investissements importants, sur l'organisation de leurs relations patrimoniales, voire sur leur intérêt à conclure un PACS ou à se marier, afin de prévenir les désagréments financiers d'une éventuelle séparation. ■

I. R.

18. Sur cette notion, V. notamment M. Reboul, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés* 2000, p. 425.

19. V. *supra*, note 14.

20. Cass. com., 23 juin 2004, précité.

21. Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1988, n° 87-17855; Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1993, n° 91-

22.068. Cass. com., 15 décembre 1995, n° 92-21.429; Cass. com., 1^{er} juin 1999, n° 97-16.069.

22. V. Cass. 1^{re} civ., 28 novembre 2006, n° 04-15.480; « Dr. fam. » 2007, comm. n° 32, note V. Larribau-Terneyre.