

# La responsabilité des associés d'une société civile constituée en vue de la vente d'immeubles

## (A propos d'une ordonnance de référé du tribunal de Grasse du 29 septembre 1983) \*

par Philippe KAIGL,

*Assistant de droit privé à la Faculté de droit et des sciences économiques de Nice  
Avocat au Barreau de Grasse  
Lauréat du Concours général des Facultés de droit*

### SOMMAIRE

	N <sup>os</sup>		N <sup>os</sup>
INTRODUCTION .....	1 et 2	§ 2. — CHAMP D'APPLICATION DU NOUVEL ARTICLE 1858 DU CODE CIVIL .....	13 à 19
I. — MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DES ASSOCIÉS D'UNE SOCIÉTÉ CIVILE CONSTITUÉE EN VUE DE LA VENTE D'IMMEUBLES .....	3 à 19	II. — COMPÉTENCE DU JUGE DES RÉFÉRÉS .....	20 à 39
A. — Règle de la responsabilité subsidiaire des associés d'une société civile constituée en vue de la vente d'immeubles .....	4 à 9	A. — Notion de contestation sérieuse .....	21 à 27
§ 1 <sup>er</sup> . — RÉFORME DE 1971 .....	5 et 6	§ 1 <sup>er</sup> . — CRITÈRE DE L'ABSENCE DE CONTESTATION SÉRIEUSE .....	22 à 24
§ 2. — CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ .....	7 à 9	§ 2. — APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES ..	25 à 27
B. — Incidence de la loi du 4 janvier 1978 .....	10 à 19	B. — Le juge des référés et l'examen des textes .....	28 à 39
§ 1 <sup>er</sup> . — CONTENU DU NOUVEL ARTICLE 1858 DU CODE CIVIL .....	11 et 12	§ 1 <sup>er</sup> . — LE POUVOIR D'INTERPRÉTATION DU JUGE DES RÉFÉRÉS .....	29 à 32
		§ 2. — APPRÉCIATION CRITIQUE DE L'ORDONNANCE DU 29 SEPTEMBRE 1983 .....	33 à 39

### INTRODUCTION

1. — Créée le 14 novembre 1977, une société civile constituée en vue de la construction d'immeubles concluait le 3 mars 1979 un marché à forfait avec une grande entreprise générale en vue de la construction d'un ensemble immobilier. N'ayant pu obtenir le règlement complet de ses travaux pourtant dépourvus de malfaçons, l'entreprise de construction fit condamner la S.C.I., par jugement en date du 16 janvier 1983 rendu par le tribunal de grande instance de Grasse, à lui payer une somme principale assortie des intérêts légaux, outre des dommages-intérêts pour résistance abusive et une somme fondée sur l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

2. — Ce jugement étant devenu définitif, l'entreprise de construction décida alors de tenter de recouvrer sa créance auprès des associés de la S.C.I., conformément au principe traditionnel d'après lequel les associés de sociétés civiles sont tenus, sur tous leurs biens, d'une partie du passif social, non plus pour une part virile (C. civ., ancien art. 1863), mais à proportion de leurs droits sociaux (L. n° 71-579 du 16 juillet 1971, art. 2, al. 1<sup>er</sup>). Tout en

reconnaissant le bien-fondé du principe de la créance invoquée, les associés débiteurs tentaient de résister en contestant l'exigibilité de ladite créance. En effet, depuis les réformes ayant affecté le droit des sociétés civiles, le créancier d'une société de ce type ne peut désormais poursuivre les associés qu'après avoir respecté un certain nombre de conditions d'ordre procédural. En l'espèce, les associés prétendaient donc que le créancier n'avait pas rempli les conditions de *mise en oeuvre* de leur responsabilité (I). En outre, tirant argument de la saisine du juge des référés par le créancier, les associés entendaient démontrer que le litige relatif aux conditions de mise en oeuvre de leur responsabilité constituait une *contestation sérieuse* leur permettant de critiquer la *compétence du juge des référés* (II).

### I. — MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DES ASSOCIÉS D'UNE SOCIÉTÉ CIVILE CONSTITUÉE EN VUE DE LA VENTE D'IMMEUBLES.

3. — L'article 15, § 4, des statuts de la société débitrice disposait que « par dérogation à l'article 1863 du Code civil (1) et en applica-

(1) Il s'agit de l'ancien article 1863, dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 janvier 1978.

\* V. la décision en annexe.

tion de l'article 2 de la loi n° 71-579 du 16 juillet 1971, les associés sont tenus du passif social sur tous leurs biens à proportion de leurs droits sociaux. Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après mise en demeure adressée à la société et restée infructueuse ». C'est donc tant sur le fondement desdits statuts qu'en application de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971, codifié à l'article L. 211-2 du Code de la construction et de l'habitation, que les associés étaient poursuivis en paiement de la dette sociale (2). Ce texte a consacré le caractère subsidiaire de la responsabilité des associés d'une société civile constituée en vue de la vente d'immeubles (A), caractère qui se traduit par l'obligation du créancier poursuivant de respecter un certain nombre de formalités préalables. Or, s'ils ne contestaient pas l'application de cette règle, les associés poursuivis en l'espèce prétendaient que le créancier devait respecter les formalités préalables édictées, non pas par la loi du 16 juillet 1971, mais par la loi du 4 janvier 1978 portant réforme de la société en général, et des sociétés civiles en particulier (B).

#### A. — Règle de la responsabilité subsidiaire des associés d'une société civile constituée en vue de la vente d'immeubles.

4. — La loi du 16 juillet 1971 a dérogé au droit commun des sociétés civiles (§ 1<sup>er</sup>) sur les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité des associés (§ 2).

##### § 1<sup>er</sup>. — RÉFORME DE 1971

5. — Traditionnellement, l'associé au sein d'une société civile est considéré comme *personnellement* obligé à l'égard des créanciers sociaux. Cette solution, consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 juin 1904 (3) sur le fondement de l'ancien article 1863 du Code civil, a été confirmée par la suite à maintes reprises (4). C'est par application de cette règle que la jurisprudence a estimé que l'associé d'une société civile était engagé conjointement avec la société par les actes du gérant accomplis au nom de la société et dans la limite de ses pouvoirs, tout en n'étant tenu que pour une part virile. Il était donc permis d'en déduire que le créancier de la société avait le droit de poursuivre à son choix la société ou les associés, sans aucun préalable procédural, bien que la grosse du jugement eût été délivrée contre la société et l'inscription hypothécaire prise sur les biens de celle-ci (5). Tel a été pendant longtemps le droit commun des sociétés civiles.

6. — La loi n° 71-579 du 16 juillet 1971 (6) applicable aux sociétés civiles constituées en vue de la vente d'immeubles, a apporté une dérogation à cette règle traditionnelle, même si, pour des motifs de droit transitoire, celle-ci apparaît encore dans des décisions ultérieures (V. *supra*, note 4). Après avoir énoncé la règle dérogatoire à l'ancien article 1863 du Code civil selon laquelle « les associés sont tenus du passif social sur tous leurs biens à proportion de leurs droits sociaux » (al. 1<sup>er</sup>), l'article 2, alinéa 2, dispose que « les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après mise en demeure adressée à la société et restée infructueuse ». Il apparaît

ainsi que, désormais, « le créancier n'est pas en droit de poursuivre en même temps la société et les associés, ni *a fortiori* de poursuivre les associés avant d'avoir exercé une action contre la société civile immobilière de construction-vente » (7). En d'autres termes, la mise en oeuvre de la responsabilité des associés d'une société civile de ce type ne peut être poursuivie par le créancier que s'il observe des conditions préalables.

##### § 2. — CONDITIONS DE MISE EN OEUVRE DE LA RESPONSABILITÉ

7. — Avec la réforme de 1971, la société civile constituée en vue de la vente d'immeubles est donc devenue *débiteur principal*, les associés *débiteurs subsidiaires* (8). Le caractère subsidiaire de la responsabilité des associés repose sur l'accomplissement préalable d'une « mise en demeure adressée à la société et restée infructueuse » (9). Le législateur a bel et bien entendu déroger au droit commun de l'époque (10). Dès lors que la dette revêt un caractère social, deux conditions sont exigées de la part du créancier pour engager la responsabilité personnelle des associés. Il doit d'abord notifier à la société une mise en demeure. Respectant cette condition en l'espèce, le créancier avait fait signifier le 29 juillet 1983 un commandement de payer à la S.C.I. débitrice. Il suffit que cette mise en demeure reste *infructueuse* pour que le créancier puisse alors poursuivre directement les associés. Le sens de cette condition préalable ne fait aucun doute. Une mise en demeure infructueuse est celle qui est restée *vaine*, donc *sans effet* (11). En l'espèce, l'exploit introductif d'instance faisait état d'un commandement de payer « demeuré sans résultat », formule tout à fait équivalente.

8. — La jurisprudence a confirmé l'existence d'une autre condition préalable pour mettre en oeuvre la responsabilité des associés poursuivis sur le fondement de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971. En effet, selon la Cour de cassation, « ce texte implique qu'avant de poursuivre un associé le créancier doit posséder un titre à l'encontre de la société » (12). Cette condition implicite est nécessaire pour que la responsabilité des associés soit vraiment *subsidiaire*. En effet, si le texte se contentait d'imposer une mise en demeure restée infructueuse, il ne ferait que se conformer à ce qui n'est souvent qu'un usage de la pratique consistant précisément pour celui qui se prétend créancier à notifier une mise en demeure préalablement à toute assignation, et ce essentiellement afin de faire courir les intérêts légaux. A défaut d'une condition différente prévue par la loi du 16 juillet 1971 pour conférer à la responsabilité des associés un caractère subsidiaire (13), la dette de la société doit être préalablement constatée dans un titre exécutoire (14).

(7) Bouloc, note préc.

(8) V. Bouloc, obs. *R.T.D. com.* 1981, p. 95, n. 5.

(9) L. 16 juillet 1971, art. 2, al. 2, ou C. constr. et hab., art. L. 211-2, § 2.

(10) Le texte du projet de loi prévoyait « une mise en demeure restée vaine » ; le texte définitif a le même sens (V. B. Bouloc : *Rev. soc.* 1982, 338).

(11) Hémar, Terré et Mabilat, *Sociétés commerciales*, I, n° 244, p. 224, à propos de l'article 10 de la loi du 24 juillet 1966 permettant au créancier d'une société en nom collectif de poursuivre les associés une fois qu'il a « vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire ».

(12) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 décembre 1980 : *Rev. soc.* 1982, 336, note B. Bouloc (dans cette affaire, le créancier social ne disposait d'aucun titre tel qu'un acte authentique ou un jugement de condamnation contre la société, et pourtant il prétendait poursuivre en même temps la société et ses associés ; sa prétention a été rejetée par la Cour d'appel et la Cour de cassation).

(13) Pour un cas où le législateur prévoit un préalable procédural simplifié, dépourvu de l'exigence d'un titre exécutoire contre le débiteur principal, V. la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance (*J.C.P.* 76, III, 43698) : selon l'article 12, le sous-traitant peut exercer une action directe contre le maître de l'ouvrage « si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure », copie de cette mise en demeure étant adressée au maître de l'ouvrage ; bien que simplifiée, cette formalité préalable est nécessaire, à peine d'irrecevabilité de l'action directe (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 janvier 1983, *Somir c. Bouniord*, inédit).

(14) V. Lagarde, *Encyc. D. Rép. civ.*, V° *Société civile*, n. 118.

(2) Le texte statutaire reproduit fidèlement à cet égard les dispositions légales.

(3) Cass. civ. 13 juin 1904 : *D.* 1905, 1, 25, note Percerou ; *S.* 1906, 1, 385, note Wahl : les associés d'une société civile « sont obligés personnellement envers les créanciers de la société au paiement des dettes sociales ».

(4) V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 février 1969 : *D.* 1969, 434, note Bouloc. — Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 12 juillet 1977 : *Rev. soc.* 1978, 277. — Montpellier 19 avril 1979 : *J.C.P.* 81, éd. G, II, 19484 et 82, éd. N, II, p. 153, obs. Steinmetz. — Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 3 juillet 1979 : *J.C.P.* 80, éd. G, II, 19384 et 82, éd. N, II, p. 172, obs. Dekeuwer-Defossez ; *Rev. soc.* 1980, 518, note Bouloc.

(5) V. B. Bouloc, note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 décembre 1980 : *Rev. soc.* 1982, 337.

(6) *J.C.P.* 71, III, 38076.

9. — Tel était le cas en l'espèce puisque, ainsi que le rappelait l'exploit introductif d'instance, la S.C.I. débitrice avait été condamnée à payer le créancier par jugement du tribunal de grande instance de Grasse en date du 16 janvier 1983, décision qui, signifiée le 24 février 1983, était donc devenue définitive. Ainsi, apparemment, étaient remplies les conditions d'exercice et de recevabilité de l'action en responsabilité contre les associés de la société civile régie par la loi du 16 juillet 1971. Pourtant, s'agissant en l'espèce d'une société civile, même constituée en vue de la vente d'immeubles, les associés prétendaient que les poursuites à leur encontre étaient irrecevables au motif que la loi du 4 janvier 1978 portant réforme du statut des sociétés civiles serait également applicable aux sociétés civiles constituées en vue de la vente d'immeubles. La question se pose donc de déterminer l'incidence de la loi du 4 janvier 1978 sur les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité subsidiaire des associés d'une société civile de construction-vente.

#### B. — Incidence de la loi du 4 janvier 1978.

10. — La S.C.I. débitrice ayant été constituée avant le 1<sup>er</sup> juillet 1978, date d'entrée en vigueur de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 (15), il résulte de l'article 4 de ladite loi qu'elle lui est applicable depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1980. Les associés débiteurs en tiraient argument pour prétendre à l'application en l'espèce du nouvel article 1858 du Code civil, issu de la loi du 4 janvier 1978, et fixant d'autres formalités préalables à l'action en responsabilité subsidiaire. Si le contenu de ce texte diffère effectivement de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 (§ 1<sup>er</sup>), la détermination de son champ d'application (§ 2) permettra d'en exclure les sociétés civiles constituées en vue de la vente d'immeubles.

#### § 1<sup>er</sup>. — CONTENU DU NOUVEL ARTICLE 1858 DU CODE CIVIL

11. — En vertu de la loi du 4 janvier 1978 portant notamment réforme des sociétés civiles, le nouvel article 1858 du Code civil est ainsi libellé : « les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale ». Il complète d'ailleurs l'article 1857 aux termes duquel « à l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social... ».

Ces dispositions évoquent le texte de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971, puisqu'elles confirment à la fois la proportionnalité et la subsidiarité de la responsabilité des associés au sein d'une société civile. En particulier, elles imposent au créancier social un préalable procédural aux poursuites contre les associés. Le nouvel article 1858 du Code civil présente deux innovations par rapport à l'article 2 de la loi de 1971.

12. — D'une part, en effet, en ce qui concerne les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité des associés, alors que l'article 2 de ladite loi impose une mise en demeure restée infructueuse (V. *supra*, n. 7), le nouvel article 1858 du Code civil oblige les créanciers sociaux à « avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale ». A l'exception d'un auteur (16), la doctrine estime que la formulation de ce texte impose au créancier social un préalable procédural plus rigoureux (17), en l'obligeant à tenter tout d'abord d'exécuter le jugement de condamnation obtenu à l'encontre de la société. C'est d'ailleurs l'interprétation dont se

prévalaient en l'espèce les associés débiteurs, lesquels constataient que le créancier avait seulement fait signifier une mise en demeure, ce qui ne saurait être assimilé à un acte d'exécution proprement dit (18). Seule une mesure de saisie, quelle qu'elle soit, demeurée infructueuse (19) autoriserait le créancier à poursuivre les associés. C'est la raison pour laquelle un auteur a pu écrire que l'article 2 de la loi de 1971 « après avoir été en avance sur le droit commun des sociétés civiles (20), peut paraître aujourd'hui être un peu en retrait sur le nouvel article 1858 du Code civil » (21). Cette dernière remarque laisse entendre que l'article 2 de la loi de 1971 n'aurait pas été abrogé par l'article 1858 du Code civil. Ainsi se trouve posée la question du champ d'application de ce dernier texte.

#### § 2. — CHAMP D'APPLICATION DU NOUVEL ARTICLE 1858 DU CODE CIVIL

13. — Cette question constitue la seconde innovation majeure présentée par l'article 1858 du Code civil par rapport à l'article 2 de la loi de 1971. En effet, les nouvelles dispositions relatives aux sociétés civiles (C. civ., art. 1845 à 1870-1), y compris donc l'article 1858, « sont applicables à toutes les sociétés civiles » (art. 1845, *in limine*), alors que la loi du 16 juillet 1971, et les formalités préalables énoncées à l'article 2, alinéa 2, visent expressément et exclusivement les sociétés civiles constituées en vue de la vente d'immeubles. La question s'est posée, tant en doctrine qu'en l'espèce, de savoir si le nouvel article 1858 du Code civil avait, à l'occasion de la réforme du 4 janvier 1978, abrogé les dispositions de l'article 2, alinéa 2, de la loi de 1971. C'est ce que prétendaient les associés débiteurs en l'espèce, selon lesquels « la S.C.I. a été constituée le 14 novembre 1977 et se trouve régie aussi bien par le titre IX du Code civil (art. 1832 et s.) que par la loi du 16 juillet 1971 ; si la clause des statuts relative à l'engagement des associés envers les tiers fait référence à l'article 2, alinéa 2, de la loi du 16 juillet 1971, il n'en demeure pas moins que la loi du 4 janvier 1978, portant réforme du statut des sociétés civiles et devenue applicable aux mêmes sociétés à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1980, a complété ce principe par l'article 1858 du Code civil ». Ils en déduisaient que, au moins pour le contenu des formalités à accomplir préalablement aux poursuites du créancier social à leur encontre, celui-ci devait respecter la procédure édictée au nouvel article 1858 du Code civil et donc tenter de faire exécuter le jugement de condamnation rendu contre la S.C.I. le 16 janvier 1983.

14. — Ainsi, dans cette affaire, et c'est l'un de ses intérêts majeurs, se trouvent en concours deux textes d'origine légale, dont l'un est général et récent, et l'autre spécial, certes, mais antérieur. Lequel des deux devait l'emporter ? Fallait-il faire prévaloir le texte récent sur le texte plus ancien au motif que celui-ci aurait été tacitement mais nécessairement abrogé par celui-là à l'occasion de la réforme des sociétés civiles intervenue en 1978 ? Fallait-il au contraire négliger cette question d'antériorité pour ne tenir compte que de l'objet des textes en présence, le plus ancien régissant un type particulier de sociétés civiles, les sociétés constituées en vue de la vente d'immeubles, le plus récent réformant les sociétés civiles en général ?

(18) V. G. Lagarde, *Encyc. D. Rép. civ.*, V° *Société civile*, n. 118. — P. Bezar, *Sociétés civiles*, n. 1140 et s. — Y. Chartier, *La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978* : *J.C.P.* 78, éd. G, I, 2917 et éd. N, I, p. 343 et s., n° 282 ; — *L'évolution de l'engagement des associés* : *Rev. soc.* 1980, p. 1, spéc. n. 33.

(19) Un auteur cite l'exemple d'un commandement de saisie mobilière : Y. Chartier, *op. et loc. cit.*

(20) Auparavant, en effet, les créanciers d'une société civile pouvaient poursuivre à leur choix la société ou les associés, ces derniers étant personnellement et conjointement obligés (V. *supra*, n. 5).

(21) B. Bouloc : note sous *Cass. civ. 3<sup>e</sup>*, 2 décembre 1980 préc., *op. et loc. cit.*

(15) *J.C.P.* 78, III, 46684.

(16) J. Foyer, *La réforme du titre IX du livre III du Code civil (de la société : dispositions générales ; de la société civile, de la société en participation)* : *Rev. soc.* 1978, p. 1 et s., spéc. p. 15.

(17) *A contrario*, un auteur considère que la subsidiarité imposée par la loi du 16 juillet 1971 est « de portée fort réduite » (G. Cornu, *obs. R.T.D. civ.* 1979, 146).

En réalité, de nombreux arguments concouraient à accorder la préférence à l'article 2 de la loi de 1971, malgré son antériorité. La décision commentée les a opportunément exposés et approuvés.

15. — L'argument initial en faveur de cette solution est évidemment tiré de la maxime des juristes du Moyen-Age *generalia specialibus non derogant*, autrement dit « les lois de portée générale ne dérogent pas à celles qui ont un objectif spécial » (22). Ce « principe général » (23) en vertu duquel les dispositions spéciales doivent prévaloir sur les textes généraux, était opportunément confirmé en l'espèce par des arguments de texte provenant des lois en concours.

16. — En effet, la loi du 4 janvier 1978, invoquée avec tant d'acharnement par les associés débiteurs, contient aussi deux articles riches d'enseignement pour la solution du problème :

— d'une part, aux termes du nouvel article 1834 du Code civil, les dispositions générales de la loi du 4 janvier 1978 « sont applicables à toutes les sociétés, s'il n'en est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet ». Cette référence vise nécessairement toute loi, au sens matériel du terme, et non pas seulement la loi du 4 janvier 1978. Sinon, le législateur n'aurait pas manqué de formuler ainsi l'article 1834 *in fine* : « s'il n'en est autrement disposé par la présente loi... ». *Ubi lex non distinguit...* ;

— d'autre part, et dans le même sens, aux termes du nouvel article 1845, alinéa 1<sup>er</sup>, édictant des règles générales applicables à la société civile, « les dispositions du présent chapitre (24) sont applicables à toutes les sociétés civiles, à moins qu'il n'y soit dérogé par le statut légal particulier auquel certaines d'entre elles sont assujetties ». S'inspirant manifestement de la maxime *generalia specialibus non derogant*, le législateur, auteur de la réforme du 4 janvier 1978, a donc à deux reprises clairement indiqué qu'il n'entendait pas, sauf dispositions expresses, abroger tacitement les dispositions antérieures spéciales à certains types de sociétés civiles, en particulier celles régies par la loi du 16 juillet 1971. C'est d'ailleurs une manière de rendre hommage aux innovations particulières apparues dès 1971 qui ont largement inspiré la réforme générale de 1978.

17. — Quant à l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971, il fournit aussi un argument contribuant, s'il en est encore besoin, à confirmer le bien-fondé de la solution adoptée en l'espèce. En effet, en se référant auxdites dispositions, on s'aperçoit que le texte actuel de l'article 2, depuis lors codifié à l'article L. 211-2 du Code de la construction et de l'habitation, résulte non plus seulement de la loi du 16 juillet 1971, mais également du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 (25), précisément édicté en application de la loi du 4 janvier 1978. Ainsi disparaît définitivement l'argument d'antériorité soutenu en l'espèce par les associés débiteurs à l'encontre des prétentions émises par le créancier de la S.C.I. (V. *supra*, n. 13) sur le fondement de la loi du 16 juillet 1971. Paradoxalement, c'est donc la loi du 4 janvier 1978, invoquée par les débiteurs, qui confirme, par l'intermédiaire de son décret d'application, le bien-fondé et la recevabilité des poursuites engagées contre eux par le créancier de la S.C.I., après une simple *mise en demeure restée infructueuse*.

18. — Il résulte de l'articulation de ces divers arguments qu'il existe une véritable hiérarchie des règles applicables aux sociétés civiles constituées en vue de la vente d'immeubles. Selon un auteur, qui a d'ailleurs inspiré le créancier dans la formulation de sa demande (26) :

(22) *Lexique de termes juridiques*, éd. Dalloz.

(23) La formule est extraite de l'ordonnance elle-même.

(24) Lequel comprend l'article 1858.

(25) *J.C.P.* 78, III, 47420 ; l'article 61 supprime dans le texte de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 les mots « par dérogation à l'article 1863 du Code civil ».

(26) P. Meysson : *J.-Cl. Construction*, Fasc. 499, n. 5.

En remontant du particulier au général, le statut des sociétés civiles constituées en vue de la vente d'immeubles est régi :

— par le titre I de la loi du 16 juillet 1971, modifiée et le décret n° 72-1235 du 29 décembre 1972 ;

— puis par les articles 1845 à 1870-1 du Code civil, applicables aux sociétés civiles ;

— enfin par les dispositions des articles 1832 à 1844-17 du même Code applicables à la société en général.

19. — Il apparaît ainsi que la solution retenue par la décision commentée, favorable à l'application de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 par dérogation au nouvel article 1858 du Code civil, est parfaitement bien fondée. Il n'empêche que le raisonnement pour y parvenir est assez long et sinueux, ce qui risquait de constituer en l'espèce un obstacle à la réalisation rapide des droits du créancier (27), lequel n'avait pourtant pas hésité à saisir le juge des référés. Ainsi se trouvait posée la question de la compétence du juge des référés.

## II. — COMPÉTENCE DU JUGE DES RÉFÉRÉS.

20. — En l'espèce, se fondant sur l'article 809, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile régissant le *référé provision*, le créancier avait choisi de saisir le juge des référés pour qu'il fasse application de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 (C. constr. et hab., art. L. 211-2), lui-même reproduit dans les statuts de la société débitrice. Les associés de celle-ci, au contraire, invoquant l'application de la loi postérieure du 4 janvier 1978 (C. civ., art. 1858 nouveau), prétendaient démontrer l'existence d'une contestation sérieuse découlant non point du principe de la créance elle-même de la SORMAE, mais de son exigibilité au regard des associés ».

Le juge des référés a admis sa compétence pour trancher entre les deux textes légaux qui lui semblaient être en « concours », niant ainsi l'existence de la prétendue *contestation sérieuse*. Il y a donc lieu, au préalable, de cerner la notion de contestation sérieuse (A) avant d'apprécier si en l'espèce le juge des référés était bien fondé à écarter ce moyen soulevé par les défendeurs (B).

### A. — Notion de contestation sérieuse.

21. — Il résulte de l'article 809, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile (28), tout comme d'ailleurs de l'article 808 du même Code (29), que le juge des référés n'est compétent que si la demande ne se heurte à aucune *contestation sérieuse*. Nous nous interrogerons donc sur le critère de l'absence de contestation sérieuse (§ 1<sup>er</sup>) avant d'envisager si les applications jurisprudentielles de cette notion étaient de nature à s'opposer à la compétence du juge des référés en l'espèce (§ 2).

#### § 1<sup>er</sup>. — CRITÈRE DE L'ABSENCE DE CONTESTATION SÉRIEUSE

22. — Avec l'urgence, l'absence de contestation sérieuse constitue l'une des conditions « classiques » auxquelles est subordonné

(27) Même si, en pratique, par souci de simplifier et d'accélérer la procédure, le juge des référés, constatant son incompétence en raison d'une contestation sérieuse, peut autoriser le prétendu créancier à assigner à *jour fixe* en vue de saisir les juges du fond (sur l'existence de cette « passerelle entre le référé et l'instance au fond », fondée sur l'article 788 du nouveau Code de procédure civile, V. T.G.I. Paris, réf., 3 août 1983 : *Gaz. Pal.* 12 octobre 1983, p. 17 à 19, note Pluyette ; *J.C.P.* 83, éd. G, II, 20117, obs. A. Blaisse. — Circ. Chancellerie n° 83-06 du 2 août 1983, p. 3).

(28) « Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ».

(29) « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

le prononcé d'une mesure en référé (30). D'ailleurs, tout comme l'urgence, « la notion de contestation sérieuse n'est guère facile à définir » (31), au point qu'elle « s'est acquise une réputation d'inaccessibilité qui n'a rien à envier à celle de l'urgence » (32).

23. — La notion de contestation sérieuse a déjà fait et fera certainement encore couler beaucoup d'encre. S'il y a beaucoup à dire à son sujet (33), il est cependant permis de constater qu'une partie de la doctrine, surtout au lendemain de l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile, avait jugé préférable de renoncer à proposer une définition de cette notion. Elle ne pourrait « se définir dans l'abstrait » (34). De même, selon M. Viatte, plus nuancé, « on ne peut dire, *a priori*, quand une contestation est sérieuse ou ne l'est pas » (35), mais, comme c'est le cas de nombreuses autres notions juridiques (faute, bon père de famille, intérêt de la famille, etc.), cette formulation énigmatique et imprécise est « chose voulue » par le législateur (36).

24. — En revanche, ce dernier auteur semble sous-estimer les progrès de la pensée lorsqu'il ajoute que « sur la notion de contestation sérieuse, il n'y a pas vraiment de principes établis » (37). En effet, la démarche doctrinale la plus récente tend précisément à dégager quelques idées directrices « qui ressemblent fort à cette définition que l'on a longtemps désespéré de trouver » (38). Cette tentative de définition repose sur la formulation d'un critère : « le juge des référés est le juge de l'évident et de l'incontestable ; l'évidence du droit, son incontestabilité manifeste, la certitude absolue de son existence, tel semble bien être le critère de l'absence de contestation sérieuse » (39). *A contrario*, la contestation opposée par le défendeur devient sérieuse et justifie l'incompétence du juge des référés lorsque l'un des moyens de défense invoqués n'est pas « manifestement vain » et engendre ainsi une « incertitude si faible soit-elle, sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond, s'il venait à être saisi » (40).

(30) Le qualificatif « classique », imaginé en doctrine (Drouillard et Giverdon, J.-Cl. Procédure civile, fasc. 233, *Conditions générales des référés*, n. 6), vise à distinguer les cas dans lesquels l'urgence est la condition de la compétence du juge des référés (nouv. C. proc. civ., art. 808, 848, 872, 893, 956 ; C. trav., art. R. 516-30) des cas dans lesquels l'urgence n'est pas expressément exigée (nouv. C. proc. civ., art. 145, 809, 811, 849, 873, 894, 895, 957 ; C. trav., art. R. 516-31). En ce qui concerne plus particulièrement le référé provision régi par l'article 809, alinéa 2, il semble maintenant à peu près certain que l'allocation d'une provision sur obligation non sérieusement contestable n'est plus subordonnée à l'urgence (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 novembre 1976 : *Bull.* n. 330 ; *J.C.P.* 76, éd. G, IV, 383, *V<sup>o</sup> Référés* ; *R.T.D. civ.* 1977, 361, n<sup>o</sup> 2, obs. J. Normand. — Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 décembre 1977 : *Bull.* n. 428, p. 326. — Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 18 janvier 1978 : *Bull.* n. 20, p. 16 ; *R.T.D. civ.* 1978, 713, obs. J. Normand. — Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 31 mai 1978 : *D.S.* 1979, I.R., 512, note Julien. — V. R. Perrot, *L'évolution des référés*, méf. Hébraud, p. 655, n. 14. — A. Blaisse, *Quo vadis référé ?* *J.C.P.* 82, éd. G, I, 3083, n. 5. — *Contra*, T.G.I. Pau, réf., 6 janvier 1983 ; *Gaz. Pal.* 1983, Somm., p. 40, *V<sup>o</sup> Référés* ; *R.T.D. civ.* 1983, 383, obs. J. Normand. — Reims, Ch. civ., 2<sup>e</sup> sect., 14 janvier 1983, Roussel c. Bouilly, inédit, obs. J. Normand, *eod. loc.*). L'ordonnance présentement commentée est conforme à la jurisprudence la plus abondante.

(31) Vincent et Guinchart, *Procédure civile*, 20<sup>e</sup> éd., 1981, n. 138.

(32) J. Normand, obs. *R.T.D. civ.* 1979, p. 654, n. 3.

(33) Ph. Bertin, *Encyc. D. Rép. pr. civ.*, *V<sup>o</sup> Référé civil*, n. 147. — M. Hébraud ne paraissait pas partager ce point de vue au lendemain du décret du 9 septembre 1971, lequel consacrait la notion de contestation sérieuse qui, selon cet auteur, ne semblait alors « appeler aucune observation » (obs. *R.T.D. civ.* 1973, p. 161).

(34) César-Bru, Hébraud, Seignolle, Odoul, *Juridiction du président du tribunal*, t. 1, *Des référés*, 5<sup>e</sup> éd., n. 31. — V. également *R.T.D. civ.* 1965, p. 168, n. 5.

(35) *Les pouvoirs du juge des référés* : *Gaz. Pal.* 1976, 2, Doct., 709.

(36) A. Lescaillon, *Les référés devant les juridictions de l'ordre judiciaire*, Droit et pratique judiciaire 1979, p. 179. — V. également R. Perrot : « La contestation sérieuse fait partie de ces notions fluides abandonnées à la sagesse des juges qui peuvent, de la sorte, insuffler à travers les textes une certaine politique jurisprudentielle » (*L'évolution du référé*, méf. Hébraud, p. 657, n. 18).

(37) *Eod. loc.*

(38) J. Normand : obs. *R.T.D. civ.* 1979, p. 654, n. 3.

(39) J. Normand, *eod. loc.*

(40) J. Normand, *eod. loc.*

La jurisprudence n'a pas manqué de faire application de ce critère.

## § 2. — APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

25. — Si le critère proposé est facilement compréhensible, la difficulté de son application tient à la nécessaire rapidité avec laquelle le juge des référés examine les éléments du litige. Le demandeur a donc le devoir de trouver à la fois dans son assignation la présentation la plus claire possible de sa prétention et surtout à l'audience l'argumentation la plus convaincante et la plus immédiate en réponse à la résistance opposée par le défendeur. C'est à cette condition, le plus souvent, que le demandeur empêchera le doute de s'installer dans l'esprit du magistrat (41).

26. — Afin d'illustrer notre propos, nous citerons quelques décisions à l'occasion desquelles il nous semble que le magistrat des référés s'est particulièrement comporté en *juge de l'évidence*. Ainsi, les nominations d'experts (42), plus généralement de techniciens en qualité de consultants ou d'huissiers en vue d'établir un constat contradictoire, constituent l'ordinaire de l'audience des référés et ne donnent le plus souvent lieu qu'aux symboliques protestations et réserves du défendeur. De même, la nomination d'un administrateur provisoire, lorsqu'elle constitue une simple mesure d'information, est une mesure provisoire entrant dans la compétence du juge des référés (43).

27. — Tel est également le cas de la demande d'expulsion visant des occupants sans droit ni titre (44) ou des occupants d'un immeuble qui fait l'objet d'un arrêté d'expropriation ou de péril (45) ou enfin des occupants bénéficiaires d'un logement de fonction dès lors qu'il n'existe aucun litige sérieux sur la validité de la rupture du contrat de travail (46). La jurisprudence admet même la compétence du juge des référés pour constater la résiliation d'un bail commercial lorsque le preneur a omis de solliciter du bailleur l'autorisation d'exercer une activité connexe ou complémentaire (47), à condition évidemment que le commerçant n'invoque pas devant le juge du fond ou devant le juge des référés des pièces ou des présomptions susceptibles d'être interprétées comme équivalentes à une demande d'autorisation de déspecialisation. Avec cette hypothèse apparaît le problème plus spécifique posé par l'intervention du juge des référés en vue d'examiner le contenu d'un texte.

## B. — Le juge des référés et l'examen des textes.

28. — Pour l'essentiel, les textes soumis à l'appréciation des juges des référés peuvent être des conventions ou des lois (au sens matériel). Dans tous les cas, le demandeur sollicitera l'application

(41) Selon M. R. Martin, la contestation élevée par le débiteur devant le juge des référés — *juge de l'apparence* — ne doit pas être « de force à impressionner le juge, à l'amener au doute ; le doute doit, ici, bénéficier au débiteur » (*Le référé, théâtre d'apparence* : *D.S.* 1979, Chron., p. 158 et s.).

(42) Sauf si, dans la mission demandée, il appartient à l'expert de fixer les responsabilités encourues (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 décembre 1973 : *J.C.P.* 74, II, 17790, obs. Assouline ; *R.T.D. civ.* 1974, 857, obs. Perrot).

(43) Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 27 mai 1974 (*Bull.* n. 184, p. 154 ; *Gaz. Pal.* 1974, 2, 790 ; *J.C.P.* 74, éd. G, IV, 258) ; sous réserve qu'il ne soit pas amené à cette occasion à prendre parti sur l'existence des droits revendiqués que les juges du fond auront à apprécier (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 janvier 1975 : *Bull.* n. 17, p. 13).

(44) Surtout dans l'hypothèse où le propriétaire ne perçoit aucune indemnité d'occupation.

(45) Le juge des référés est même incompétent pour accorder des délais à l'exproprié (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 octobre 1974 : *Bull.* n. 371) et peut seulement ordonner une expertise en cas d'arrêté de péril, pour faire vérifier la réalité du danger.

(46) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 octobre 1969 : *Bull.* n. 700. — Cass. soc. 5 mai 1983 : *J.C.P.* 1983, éd. G, IV, 216, à propos de la demande d'expulsion d'un concierge de son logement de fonction, il suffit que le juge des référés constate que l'employeur a respecté le délai de trois mois depuis la notification du congé (C. trav., art. L. 771-3) pour qu'il ordonne légalement l'expulsion, la contestation relative à la cause réelle et sérieuse du licenciement étant une circonstance indifférente, donc non sérieuse.

(47) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 28 juin 1977 : *Bull.* n. 290, p. 220 ; *J.C.P.* 77, éd. G, IV, 224.

de telles dispositions contractuelles ou législatives, tandis que le défendeur prétendra s'y opposer ou faire prévaloir l'application d'autres textes. La question se pose donc de savoir si le juge des référés est compétent pour se livrer à l'interprétation de ces textes (§ 1<sup>er</sup>). Nous verrons ensuite si l'ordonnance du 29 septembre 1983 a respecté les principes consacrés en la matière (§ 2).

#### § 1<sup>er</sup>. — LE POUVOIR D'INTERPRÉTATION DU JUGE DES RÉFÉRÉS

29. — Certains auteurs ont formulé le « principe de l'incompétence du juge des référés dans l'interprétation des contrats » (48). C'est à nouveau la notion de *contestation sérieuse* qui est le fondement de l'incompétence du juge des référés dans ce domaine (49). La jurisprudence a maintes fois consacré ce principe en s'inspirant de la formule suivante : « La juridiction des référés ne peut faire l'application d'une convention dont le sens et la portée doivent être interprétés et soulèvent une contestation sérieuse » (50).

30. — De même, le juge des référés ne serait pas compétent pour interpréter la loi. « Il ne peut statuer sur le sens et la portée d'une disposition légale » (51). La jurisprudence est moins illustrée sur cette question. Par exemple, le juge des référés a estimé seuls compétents les juges du fond pour décider s'il y a lieu d'écarter le principe de l'irrévocabilité de la chose jugée pour permettre l'application de la loi du 9 juillet 1975 portant réforme du régime de la clause pénale (52). Cependant, le juge des référés s'est déclaré compétent pour interpréter l'article 25 de la loi du 22 juin 1982, dite loi Quilliot, dans une espèce où, dans le commandement de payer signifié au locataire en vertu d'une clause de résiliation de plein droit, le bailleur avait, conformément à l'article 25 *dernier alinéa*, « reproduit, à peine de nullité, en caractères très apparents, les dispositions du présent article », hormis précisément ledit alinéa (53). Se livrant à une interprétation nécessaire de ce texte, le juge des référés a admis la validité d'un tel commandement, considérant « qu'il ne s'agit pas là d'une contestation sérieuse susceptible d'écarter la compétence de la juridiction des référés » (54).

31. — Ainsi apparaît l'idée selon laquelle la notion de *contestation sérieuse* n'interdit pas au juge des référés toute interprétation d'un texte, conventionnel ou légal, ou, en d'autres termes, que l'interprétation d'un texte ne débouche pas nécessairement sur une *contestation sérieuse*. Selon un auteur, en matière contractuelle plus particulièrement, le magistrat des référés ne devra se déclarer incompétent que « lorsqu'il relèvera une difficulté sérieuse sur l'interprétation des droits et obligations respectifs des parties » (55). Cet auteur ajoute que le juge des référés a pu « intervenir, de manière audacieuse et efficace, plus particulièrement dans le domaine contractuel, dès lors que les conventions apparaissent suffisamment claires » (56) car alors il s'agit moins d'interpréter

un contrat que de « sortir effet aux clauses d'un contrat » (57). S'inspirant de cette idée, le Président du tribunal de commerce de Paris a pu décider que « le juge des référés ne peut interpréter les conventions et doit se borner à en constater l'apparence », dans une espèce où « les conventions intervenues, d'accord entre les deux parties, ne prêtent dans la forme à aucune ambiguïté » (58). De même, dans un cas où « les termes clairs du bail excluaient toute interprétation », le juge des référés a pu en faire application sans trancher une difficulté sérieuse (59).

32. — L'intérêt majeur de l'ordonnance du 29 septembre 1983 du Président du tribunal de grande instance de Grasse (outre l'intérêt dégagé *supra*, n. 15 et s.) est donc précisément de faire application de cette méthode à l'occasion, cette fois, de l'examen de textes essentiellement de nature législative et réglementaire.

#### § 2. — APPRÉCIATION CRITIQUE DE L'ORDONNANCE DU 29 SEPTEMBRE 1983

33. — Sans nier l'existence de leur dette, les débiteurs contestaient son exigibilité « en raison des dispositions de l'article 1858 du Code civil tel que résultant de la loi du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du Code civil relatif aux sociétés ». On se souvient que le créancier avait au contraire fondé sa demande sur les dispositions de la loi du 16 juillet 1971 (art. 2, al. 2), elles-mêmes reproduites par les statuts de la S.C.I. débitrice et codifiées aux articles L. 211-1 à L. 211-4 du Code de la construction et de l'habitation. Ainsi, et c'est l'originalité de cette espèce, les parties en litige ont pris le risque de soumettre au juge des référés, « juge de l'évident et de l'incontestable », un *concours* (60) entre deux textes légaux, ce que nous pourrions appeler, en nous inspirant de la terminologie militaire, « un incident de frontière ».

34. — L'entreprise était audacieuse car, à première vue, le juge des référés était sollicité en vue d'interpréter les textes en litige de manière à déterminer lequel des deux était applicable ou, éventuellement, leur domaine d'application respectif. Or, le juge a tenu à préciser d'emblée qu'il avait parfaitement conscience des limites de ses pouvoirs en rappelant que sa compétence consistait uniquement à « appliquer les principes généraux du droit, les textes légaux ou réglementaires et les conventions, dès lors qu'il ne se livre à aucune interprétation, exégèse ou examen approfondi, en raison de la clarté, de la netteté et de l'absence d'ambiguïté desdits textes, conventions ou principes ». On retrouve dans cette formule les critères traditionnels (61) permettant d'apprécier les limites de la compétence du juge des référés.

35. — S'il est fréquent que le juge des référés soit amené à se prononcer sur l'application d'un texte légal, réglementaire ou conventionnel, en revanche il est plus rare qu'il doive trancher entre deux textes en situation de concours. En effet, à première vue, ce cas de figure risque de se heurter encore davantage à l'obstacle que constitue la nécessaire absence de contestation sérieuse. Si l'interprétation d'un texte se situe déjà à la limite de la compétence du juge des référés, on imagine volontiers qu'on se trouvera à l'*extrême* limite, voire au-delà de cette compétence en cas de concours, nécessitant donc l'interprétation d'au moins deux textes.

36. — Le cas s'est déjà produit en jurisprudence (62) à propos d'un conflit entre deux contrats. La Cour de cassation ayant cons-

(48) Cézard-Bru, Hébraud, Seignolle, Odoul, *op. cit.*, n. 288, et les références citées en note 1.

(49) « La contestation est sérieuse si les clauses du contrat nécessitent une interprétation » (Encyc. D. Rép. proc. civ., V<sup>o</sup> Référé civil, n. 152).

(50) Cass. com. 14 décembre 1948 : *Bull.* n. 287 ; en l'espèce, il s'agissait de savoir si la convention litigieuse constituait une sous-location ou un contrat de location-gérance ; Cass. com. 19 juillet 1950 : *Gaz. Pal.* 1950, 2, 259. — Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 12 décembre 1957 : *J.C.P.* 58, éd. G, IV, 10 ; 15 juillet 1960 : *Bull.* n. 477. — Cass. com. 3 mars 1980 : *Gaz. Pal.* 1980, Pan. 359, 1<sup>re</sup> esp. — Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 26 avril 1978 : *J.C.P.* 78, éd. G, IV, 195 (cassation d'un arrêt qui, statuant en référé, avait cru pouvoir interpréter les termes d'une police d'assurance pour déterminer la nature de l'assurance ; rapp. Paris 28 mars 1945 : *Gaz. Pal.* 1945, 1, 158).

(51) Cézard-Bru, Hébraud, Seignolle, Odoul, *op. cit.*, n. 30.

(52) T.G.I. Nanterre 19 septembre 1975 : *Gaz. Pal.* 1975, 2, 853, note L.B.

(53) T.G.I. Arras 26 mai 1983 : *J.C.P.* 83, II, 20082, obs. B. Soinne.

(54) B. Soinne, obs. préc. — V. également, Cass. civ. 29 février 1932 : *Gaz. Pal.* 1932, 1, 905.

(55) Bernard Lyonnet, *Les pouvoirs du juge des référés en fonction des notions de contestation sérieuse et d'apparence de droit* : *Rev. jur. com.* 1975, p. 3 et s.

(56) *op. cit.*, p. 6.

(57) *op. cit.*, p. 7.

(58) Trib. com. Paris, réf., 3 janvier 1973 : *Rev. jur. com.* 1975, p. 13 et s., *T. Gaz. Pal.* 1975-1, V<sup>o</sup> Référé, n. 4 ; cité par Lescaillon, *op. cit.*, p. 180 ; dans le même sens, V. T.G.I. Paris 2 octobre 1974 : *T. Gaz. Pal.* 1975-1, V<sup>o</sup> Référé, n. 16. — Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 20 juin 1973 : *Bull.* n. 313.

(59) Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 23 juin 1976 : *Bull.* n. 206.

(60) Le terme figure dans l'ordonnance.

(61) V. *supra*, n. 22 et s.

(62) Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 18 février 1970 : *Bull.* n. 59, p. 47.

taté que le magistrat des référés s'était trouvé « en présence de deux groupes de contrats dont l'exécution simultanée était impossible » et devant la nécessité d'interpréter les contrats en conflit, « il y avait difficulté sérieuse touchant la demande de référé » et justifiant donc le rejet du pourvoi. Ce précédent rend encore plus remarquable l'ordonnance du 29 septembre 1983 dans laquelle le Président du tribunal de Grasse se déclare compétent pour trancher entre les textes en présence. Il faut dire qu'en l'espèce les défendeurs, conscients de l'*aubaine* que pouvait représenter l'article 809 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile afin de retarder tout à fait légalement la date d'exigibilité de la créance invoquée, ne s'étaient pas privés d'exploiter cet article en tentant de situer le débat sur le seul terrain de l'interprétation des textes en présence et d'amener ainsi le juge des référés à constater que le litige excéderait les limites de sa compétence. Cherchant à introduire le doute, cette pierre de touche de la compétence du juge des référés, dans l'esprit de ce dernier, les défendeurs n'avaient pas hésité à invoquer en leur faveur le contenu des travaux parlementaires relatifs au nouvel article 1858 du Code civil (63). En se déclarant compétent pour trancher ce *conflit de lois*, le juge des référés a donc entendu sanctionner la démarche dilatoire des défendeurs qui tentaient de dénaturer le débat en le situant sur le terrain de l'interprétation. La clairvoyance du magistrat méritait d'être signalée.

37. — En effet, contrairement à ce que prétendaient les défendeurs, la solution ne passait pas véritablement par l'interprétation des deux textes en présence. Il n'était nullement besoin d'un « examen approfondi » (64) des textes en concours, mais simplement d'une lecture attentive, en particulier du nouvel article 1845 du code civil, que le juge qualifie de « net, clair et totalement dépourvu d'ambiguïté ». D'ailleurs, contrairement aux apparences, la maxime *generalia specialibus non derogant* que rappelle le juge des référés et de laquelle découle pour l'essentiel la solution retenue favorable à l'application de la loi du 16 juillet 1971 (V. *supra*, n. 16 et s.) intéresse en réalité, non pas l'interprétation de la règle de droit, mais son application. Cette maxime concerne « l'application de la règle de droit aux espèces concrètes, c'est-à-dire la détermination de son domaine d'application, et non son interprétation, c'est-à-dire la détermination de son sens » (65). Effectivement, il s'agissait moins, en l'espèce, de préciser laquelle des deux lois en concours était applicable que de déterminer leur champ d'application respectif. C'est pourquoi, si un auteur a pu constater qu'en jurisprudence « la notion même de contestation sérieuse s'effrite » (66), on ne saurait adresser ce grief à l'ordonnance du 29 septembre 1983.

38. — Dans cette affaire, en raison de la saisine du juge des référés, la difficulté majeure consistait à le persuader en quelques mots d'explications qu'il était sollicité, non pas en vue d'interpréter les textes litigieux, mais seulement afin de leur faire produire effet (67). Le raisonnement était juridiquement infaillible : en présence d'une loi spéciale aux sociétés civiles constituées en vue de la vente d'immeubles (16 juillet 1971), celle-ci devait, sur le fondement du principe *specialia generalibus non derogant*, recevoir application par préférence à la loi générale aux sociétés civiles (4 janvier 1978), dans la mesure où la loi générale n'avait pas abrogé la loi spéciale, ce qui était amplement démontré par la simple constatation, relevant donc de la compétence du juge des référés, que le texte *actuel* de la loi du 16 juillet 1971 (art. 2, al. 2) figure précisément à l'article 61 du décret du 3 juillet 1978 pris en application de la loi du 4 janvier 1978. Ainsi, c'est la loi du 4 janvier 1978 qui, indirectement mais indiscutablement, confirmait l'application

(63) J.O. débats Sénat 11 mai 1973, p. 341.

(64) Tels sont les termes employés par le juge dans son ordonnance.

(65) A. Rieg, *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Travaux de l'Association H. Capitant, t. XXIX, 1978, p. 79. — V. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, n. 264.

(66) R. Perrot, *L'évolution du référé*, mélanges. Hébraud, p. 657.

(67) V. *supra*, n° 31, note 51.

en l'espèce de la loi du 16 juillet 1971 invoquée par le créancier à l'appui de sa demande.

39. — Cette ordonnance suggère une remarque finale. Se fondant sur l'article 809, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, aux termes duquel « il peut accorder une provision au créancier », le Président du tribunal de grande instance de Grasse a, en l'espèce, alloué au créancier la *totalité* des sommes dues par les associés. La jurisprudence n'est pas encore unanime sur cette conception extensive de la notion de provision. Ainsi, il a été jugé que « si le juge des référés peut, aux termes de l'article 809, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il ne saurait, par contre, lui être demandé sous cette forme une condamnation au fond équivalente au montant de la créance elle-même, lorsque celle-ci a pu être déterminée et chiffrée » (68). On estime qu'en allouant une provision *globale*, le juge des référés statuerait sur l'ensemble du litige et se substituerait au tribunal en tranchant le fond (69). Cependant, cette opinion paraît aujourd'hui isolée. En particulier, lorsque le montant de la créance est objectivement indiscutable, de nombreuses juridictions des référés se montrent favorables à l'octroi d'une provision égale au montant total de la créance (70), et ce avec l'approbation d'opinions doctrinales autorisées (71). En particulier, M. Normand cite à titre d'exemples les cas de résiliation de bail et d'obligation aux loyers, de réparation de malfaçons évaluées par expert, de paiement de salaires indûment retenus. L'ordonnance du Président du tribunal de Grasse permet de compléter cette liste indicative grâce à l'exemple des poursuites en paiement dirigées subsidiairement contre les associés d'une société civile préalablement condamnée par une décision au fond devenue définitive.

Les associés ayant cru devoir interjeter appel de ladite ordonnance, gageons qu'ils ne manqueront pas de la critiquer également à ce sujet.

#### ANNEXE

T.G.I. GRASSE, ORD. RÉF., 29 SEPTEMBRE 1983  
Sté SORMAE c. Maltere et autres

FAITS ET PROCÉDURES. — La S.C.I. Saint-Jean-Tonner était créée le 14 novembre 1977 ; son objet était : l'acquisition de terrains sis à Cannes La Bocca, 117 et 119 avenue Francis-Tonner, la construction sur ces terrains d'immeubles collectifs, et la vente en totalité ou par lots des immeubles ainsi construits, de même que la vente en l'état futur d'achèvement desdits logements ; — Étant observé, que les statuts de cette S.C.I., en leur article 15-IV, visent expressément la dérogation à l'article 1863 du Code civil et font référence, elle aussi expresse, à l'article 2 de la loi n. 71-579 du 16 juillet 1971 ; elle passait, le 3 mars 1979, avec la SORMAE, un marché à forfait par lequel elle confiait à cette société la construction d'un ensemble immobilier dénommé « Le Clos Saint Jean » pour le prix actualisable, révisable et rectifiable de 19.960.000 F T.T.C. ; — Divers avenants modifiaient ce marché dont le total s'élevait alors à 23.207.000 F T.T.C. (valeur base juillet 1977) ; — N'ayant pu obtenir le règlement total et complet des travaux exécutés par elle, la SORMAE diligenterait diverses procédures, tendant d'une part au paiement de ce qu'elle estimait lui être dû, d'autre part lui permettant de prendre des garanties sur les biens de sa débitrice ; — Le 16 janvier 1983, un jugement du tribunal de céans condamnait la S.C.I. Saint-Jean-Tonner à payer à la SORMAE : a) la somme principale de

(68) Versailles 9 octobre 1978 : *Gaz. Pal.* 5 juin 1979, somm. V° Référés ; *R.T.D. civ.* 1979, p. 659, n. 4, obs. Normand.

(69) V. Les procédures d'urgence, XII<sup>e</sup> colloque I.E.J., Pau 20-22 mai 1979. — Vincent, *Les pouvoirs du juge en matière de provision*, mélanges. Kayser, 1979, p. 418 et s., spéc. p. 431-432.

(70) T.G.I. Paris, réf., 13 mars 1975, *Ager c. A. Apartorel*, cité par A. Caston, *Le référé provision et la responsabilité des constructeurs* : *A.J.P.I.* 1976, 504. — Paris 5 mars 1975 : *Gaz. Pal.* 1975, 2, 590. — Paris 21 juin 1976 : *Gaz. Pal.* 1976, 2, 629.

(71) A. Caston, *op. et loc. cit.* — J.-P. Rousse, *Les pouvoirs du juge des référés d'accorder une provision...* : *Gaz. Pal.* 1975, 1, Doctr. 14 ; *Nature et finalité de la mesure de référé* : *Gaz. Pal.* 1977, 1, Doctr. 250. — J. Normand : obs. *R.T.D. civ.* 1978, p. 714, n. 8 ; 1979, p. 659, n. 4.

1.930.093,84 F avec intérêts au taux légal à compter du 17 octobre 1980 (date de la mise en demeure) ; b) 20.000 F de dommages et intérêts au titre de résistance abusive ; c) 5.000 F en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ; — Cette décision signifiée le 24 février 1983 est actuellement définitive ; — Le 29 juillet 1983 un commandement de payer était signifié à la S.C.I. par la SORMAE. Il demeurerait sans effet ; — Actuellement, au titre du jugement précité, il serait dû la somme globale de 2.511.795,34 F (intérêts compris jusqu'au 24 août 1983) ; — Par actes des 31 août 1983, 1<sup>er</sup> septembre 1983, 2 septembre 1983, 6 septembre 1983 et 8 septembre 1983, la SORMAE a fait citer devant Nous, en référé pour le 21 septembre 1983 : ... tous associés au sein de la S.C.I. Saint-Jean-Tonner ; — La demanderesse, sollicite, en application : a) tant des dispositions de l'article 15 paragraphe 4 des statuts de la S.C.I. qui visent expressément d'une part la dérogation à l'article 1863 du Code civil, d'autre part l'article 2 de la loi n° 71-579 du 16 juillet 1971 ; b) que des dispositions de la loi du 16 juillet 1971, actuellement codifiée dans les articles L. 211-1 à L. 211-4 du Code de la construction et de l'habitation ; — Que les cités soient condamnés, en vertu de l'article 809, § 2, du nouveau Code de procédure civile aux paiements de sommes correspondant très strictement au prorata des parts dont ils sont titulaires dans la S.C.I. soit : ... ; — La SORMAE sollicite également que les cités soient condamnés au paiement de 5.000 F au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, et aux dépens ; — Les défendeurs répliquent à ces demandes, en soulevant l'incompétence du juge des Référé en raison de l'existence d'une contestation sérieuse, quant à l'exigibilité de cette obligation à leur égard ; — Ils expliquent que la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, qui a refondu les articles 1832 à 1873 (inclus) du Code civil, a édicté le nouvel article 1858 de ce Code qui exige que préalablement à toute action contre un associé de la S.C.I., le créancier de celle-ci l'ait vainement poursuivie ; que le texte de cet article 1858 du Code civil serait applicable à la S.C.I. Saint-Jean-Tonner et que, dès lors (sans l'écrire mais en le plaçant), l'article 2, alinéa 2, de la loi du 16 juillet 1971 repris dans l'article L. 211-2, § 2 du Code de la construction et de l'habitation disparaît, en quelque sorte, devant la rédaction postérieure de l'article 1858 du Code civil ; — Dès lors, la SORMAE faute d'avoir « préalablement et vainement poursuivi... » la S.C.I. s'étant seulement contentée de « la mise en demeure », l'exigibilité de sa créance ferait défaut ; — Ils ajoutent que la S.C.I. étant parfaitement solvable, propriétaire qu'elle est des terrains constructibles affectés à la fin du programme déjà entrainé, la SORMAE avait et a encore tout loisir d'exercer contre elle toute poursuite, même immobilière ; — La demanderesse rétorque à une telle défense que : — jamais la loi du 4 janvier 1978 n'a changé la loi du 16 juillet 1971 ; — les articles 1834 (nouveaux) du Code civil comportent l'un et l'autre, mentions expresses des dérogations trouvant leurs sources : dans la loi, dans la forme ou l'objet des sociétés civiles ; — qu'il faut remonter du particulier au général, seul le premier était applicable à une S.C.I. constituée en vue de la vente d'immeuble, et qu'ainsi, le texte de l'article L. 211-2, § 2, du Code de la construction et de l'habitation est bien applicable ; alors surtout que l'article 2, § 2, de la loi du 16 juillet 1971 (dont il émane) est expressément visé et reproduit dans les statuts de la S.C.I. ; — La demanderesse maintient donc l'intégralité de ses demandes ;

**MOTIFS ET DÉCISION :** — Attendu que M. Maltère, M<sup>me</sup> Laurent, M. Lavalley, M. Cornillon ne comparaissent pas ni personne pour eux ; — Attendu qu'il est indiscutable que la SORMAE est créancière de la S.C.I. Saint-Jean-Tonner pour : a) une somme principale de 1.930.093,84 F (autre intérêts au taux légal de cette somme depuis le 17 octobre 1980) ; b) celle de 20.000 F à titre de dommages-intérêts, et enfin c) de 5.000 F au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, le tout en vertu du jugement définitif du tribunal de grande instance de céans du 16 janvier 1983 qui a, actuellement, force de chose jugée ; — Attendu que la SORMAE, à la condition expresse d'établir soit qu'elle a effectué des poursuites préalables et vaines contre la S.C.I. (art. 1858 C. civ.), soit qu'elle a « mis en demeure » préalablement et infructueusement la S.C.I. (art. L. 211-2, § 2, C. constr. et hab.) est parfaitement en droit d'obtenir condamnation des associés de la S.C.I. au paiement de la dette sociale dont celle-ci était débitrice ; — Attendu que, en l'espèce, la question posée est de savoir si une mise en demeure préalable, révélée infructueuse était suffisante ou si, comme le soutiennent les défendeurs, il était nécessaire d'engager, préalablement contre la S.C.I. débitrice, des poursuites se révélant vaines ; — Attendu que le juge des Référé est bien compétent pour appliquer les principes généraux du droit, les textes légaux ou réglementaires et les conventions, dès lors qu'il ne se livre à aucune interprétation, exégèse ou examen approfondi, en raison de la clarté, de la netteté et de l'absence d'ambiguïté desdits textes, conventions ou principes ; — Attendu qu'en la cause, deux textes légaux paraissent être en « concours » : a) l'article 1858 du Code civil dans sa rédaction découlant de la loi du 4 janvier 1978 ; b) l'article L. 211-2, § 2, du Code de la construction et de l'habitation, rédaction codifiée de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 ; — Attendu que ces textes sont ainsi libellés : C. civ., art. 1858 : « Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale » ; C. constr. et hab., art. L. 211-2, § 2 : « Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après mise en demeure adressée à la société et restée infructueuse... » ; — Attendu que la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 a totalement refondu le titre neuvième du Livre III du Code civil « De la société », c'est-à-dire les articles 1832 inclus à 1873 inclus de ce Code ; — Attendu que ce titre comporte trois chapitres : le

premier chapitre « Dispositions générales » (articles 1832 à 1844-17 inclus) ; le deuxième chapitre « De la société civile » (articles 1845 à 1870-1 inclus) ; le troisième chapitre « De la société en participation » (articles 1871 à 1873 inclus) ; — Attendu que deux articles du deuxième chapitre, 1845 et 1858, intéressent plus particulièrement le problème posé, le premier cité : 1845, se trouvant dans la 1<sup>re</sup> Section « Dispositions générales », le deuxième cité : 1858, se situant dans la 5<sup>e</sup> Section « Engagements des associés à l'égard des tiers » ; — Attendu que le libellé du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 1845 est le suivant : « Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés civiles, à moins qu'il n'y soit dérogé par le statut légal particulier auquel certaines d'entre elles sont assujetties... » ; — Attendu que ce texte est net, clair et totalement dépourvu d'ambiguïté ; — Dès lors qu'une société civile est assujettie à un « statut légal particulier », les dispositions du chapitre II du Titre neuvième du Livre III du Code civil, dans lesquelles figure l'article 1858, ne lui sont pas applicables ; — Attendu qu'est ainsi posé, par le législateur lui-même, le principe dérogatoire au régime général de droit commun qu'il pose par la loi du 4 janvier 1978 ; — Attendu que la loi du 16 juillet 1971 qui régit les sociétés civiles ayant pour objet des opérations de construction, est actuellement codifiée dans les articles L. 211-1 à L. 211-4 du Code de la construction et de l'habitation ; — Attendu que cette loi et les textes qui la reprennent ont entendu ajouter, au régime général de droit commun des sociétés, les dispositions particulières spéciales qu'ils comportent ; — Qu'ainsi l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 16 juillet 1971 devenu l'article L. 211-1 du Code de la construction et de l'habitation, dans son paragraphe 1<sup>er</sup>, est le suivant : — « Les sociétés civiles dont l'objet est de construire un ou plusieurs immeubles en vue de leur vente en totalité ou par fractions sont régies par les chapitres I<sup>er</sup> et II du Titre IX du Livre III du Code civil et par les dispositions du présent chapitre... » ; — Attendu qu'il résulte incontestablement de ce qui précède qu'au régime général de droit commun du Code civil, la loi du 16 juillet 1971 a apporté des dispositions supplémentaires, créant, non moins incontestablement, à l'égard des sociétés civiles ayant pour objet de construire... « Le statut légal particulier » auquel celles-ci sont assujetties, au sens de l'article 1845 du Code civil dans sa rédaction de la loi du 4 janvier 1978 ; — Attendu, pour être complet, qu'il importe de relever deux éléments s'ajoutant aux constatations qui précèdent : — d'une part, un décret n. 78-704 du 3 juillet 1978 a été pris, en application de la loi du 4 janvier 1978 ; l'article 61 de ce texte est ainsi rédigé : Les mots « par dérogations à l'article 1863 du Code civil » sont supprimés dans les dispositions ci-après : — article 4 de la loi n. 70-1300 du 31 décembre 1970 fixant le régime applicable aux sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne ; — article 2 de la loi n. 71-579 du 16 juillet 1971 relative à diverses opérations de constructions... » ; — d'autre part, qu'il existe, en droit français, un principe général en vertu duquel des dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales, sauf si la loi générale a absorbé la loi spéciale ; — Attendu que le rapprochement des deux éléments précités établit, à l'évidence, qu'une telle absorption de la loi spéciale (16 juillet 1971) par la loi générale (4 janvier 1978) ne s'est pas produite, puisque, aussi bien, une disposition de la loi spéciale a été modifiée par le décret d'application de la loi générale et que rien, dans celle-ci, ne marque l'intention du législateur d'avoir entendu supprimer la loi de 1971, l'article 1845 du Code civil mentionnant expressément tout à la fois sa subsistance et son respect ; — Attendu que, en conséquence, et sans qu'il soit besoin par le juge des Référé de se livrer à une interprétation ou une exégèse qui lui sont interdites, la simple application des textes montre sans conteste possible que l'article L. 211-2, § 2, du Code de la construction et de l'habitation subsistant doit être appliqué ; l'article 1858 du Code civil ne pouvait, pour ce qui le concerne, et en vertu de l'article 1845 du même Code, recevoir une application formellement écartée par ce dernier texte ; — Attendu que la créance dont se réclame la SORMAE est une dette sociale de la S.C.I. Saint-Jean-Tonner ; — Attendu qu'ensuite du commandement de payer du 29 juillet 1983 adressé à la S.C.I. rien n'a été réglé par celle-ci ; que ledit commandement, valant mise en demeure, est donc demeuré infructueux ; — Attendu qu'en raison d'une part de cette dette sociale, d'autre part de la mise en demeure préalable adressée par le créancier à la S.C.I., demeurée infructueuse, la SORMAE, bénéficiant de l'action que lui accorde l'article L. 211-2, § 2, du Code de la construction et de l'habitation, avait la faculté de s'adresser aux associés de ladite S.C.I. pour réclamer le paiement de la dette sociale ; — Attendu que la qualité d'associé de ladite S.C.I., comme les quanta de leurs parts dans cette société, ne sont ni discutés ni controversés par les cités, lesquels, ne discutent pas plus les sommes qui leur sont réclamées ; — Attendu en conséquence que lesdits associés, sont débiteurs, à l'égard de la demanderesse d'obligations non sérieusement contestables ; qu'il y a lieu, par application de l'article 809, § 2, du nouveau Code de procédure civile, de faire entièrement droit aux demandes présentées contre les cités ; — Attendu que les dépens incombent aux cités qui succombent et qu'il convient de ne pas appliquer à la cause les dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ;

**PAR CES MOTIFS :** Nous, Juge des Référé ; Vu l'article 474, alinéa 1<sup>er</sup>, du nouveau Code de procédure civile ; Vu les articles 1845 du Code civil, L. 211-2, § 2, du Code de la construction et de l'habitation ; Vu l'article 809, § 2, du nouveau Code de procédure civile, et l'article 15-IV des statuts de la S.C.I. Saint-Jean-Tonner ; Vu le commandement... demeuré infructueux. Nous déclarons compétent ; — Condamnons les cités aux paiements qui suivent : ... — Les condamnons aux dépens ; Disons n'y avoir lieu à application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.