



## Conséquences liées à la faillite d'un associé momentané

Bernard DE COCQUEAU, avocat

*La société momentanée est une forme de société à part entière qui n'est toutefois pas dotée de la personnalité juridique sur le plan civil et qui permet de réaliser une ou plusieurs opérations de commerce déterminées.*

*Une société momentanée comprend au minimum deux associés, que ces derniers soient des personnes physiques ou morales.*

*Cette forme d'association est très fréquemment utilisée dans la pratique, notamment pour répondre à d'importants marchés publics de travaux, fournitures ou services.*

*Quelles conséquences pour les autres associés suite à la faillite d'un associé ?*

### 1. Incidence de la faillite avant la conclusion du contrat

Il est parfaitement imaginable que la faillite d'un associé survienne avant la conclusion de l'opération commerciale envisagée.

Dans le cadre d'un marché privé, les parties seront entièrement libres de poursuivre les discussions avec le ou les associé(s) subsistant en vue de la conclusion du marché.

Dans le cadre d'un marché public soumis à une réglementation bien précise, les choses sont quelque peu différentes.

En effet, la réglementation des marchés publics considère que la faillite d'une entreprise est une cause d'exclusion facultative dans le cadre de la procédure d'attribution d'un marché.

Cela signifie, en pratique, que si un des associés venait à faire faillite avant la notification de l'attribution d'un marché, le pouvoir adjudicateur pourrait écarter l'offre de la société momentanée en invoquant cette cause d'exclusion facultative.

Il s'agit là d'une faculté et non d'une obligation dans le chef du pouvoir adjudicateur pour peu, du moins, que les autres associés formant l'association remplissent bien l'ensemble des conditions permettant l'accès à ce marché public.

Si une ou plusieurs de ces conditions d'accès au marché n'étaient remplies que par l'associé en faillite, le pouvoir adjudicateur n'aurait plus le choix et devrait écarter l'offre de la société momentanée.

## **2. Incidence de la faillite après la conclusion du contrat**

Une fois le marché conclu, la faillite d'un des associés n'a, en principe, pas d'incidence sur la poursuite du contrat, les autres associés restant solidairement tenus à l'exécution du contrat malgré la faillite d'un des associés.

Toutefois, il est possible de déroger conventionnellement à ce principe en faisant de la faillite d'un des associés une cause de résiliation du contrat.

Il est fréquent que de telles clauses soient insérées dans le cadre de contrats privés.

En ce qui concerne les marchés publics, l'art. 21 du cahier général des charges prévoit la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de résilier le marché en cas de faillite de l'adjudicataire.

Le pouvoir adjudicateur dispose donc, en vertu de cette disposition, du droit de mettre fin à l'exécution du marché suite à la faillite d'un des associés. Toutefois, le plus souvent, le pouvoir adjudicateur n'a aucun intérêt à s'engager dans cette voie et préférera la continuation du marché avec les associés restants qui restent tenus solidairement à l'exécution complète de ce dernier. La voie de la résiliation obligera en effet le pouvoir adjudicateur à remplacer la société momentanée et à relancer une procédure d'attribution même si cela se fera généralement, compte tenu de l'urgence, sur la base d'une procédure négociée.

Attention toutefois : si l'associé failli dispose seul des accès à la profession ou agrégation nécessaires à l'exécution du marché, la poursuite du marché avec les associés restants n'est juridiquement plus possible.

## **3. Incidence de la faillite sur la relation entre associés**

La faillite d'un associé est, en principe, une cause de dissolution de l'association de la société momentanée, mais il est possible de déroger à ce principe en prévoyant la continuation de la société malgré la faillite d'un associé.

D'ailleurs, en pratique, cela est généralement le cas dans la mesure où les associés non faillis, qui demeurent solidairement responsables de la bonne exécution du contrat, ont tout intérêt à poursuivre l'exécution du contrat au sein de la société momentanée.

La faillite d'un associé va néanmoins impliquer l'établissement des comptes entre l'associé failli et les autres associés.

A cet égard, il est très important pour les autres associés de pouvoir compenser les comptes entre l'associé failli et la société momentanée pour éviter d'entrer en concours avec les autres créanciers de l'associé failli pour ce qui concerne les créances de la société momentanée vis-à-vis de l'associé en faillite.

Des clauses conventionnelles de compensation et de comptes courants indivisibles sont généralement prévues dans les contrats de société momentanée et permettent d'assurer cet objectif.

Même en l'absence de telles clauses, certaines décisions reconnaissent le principe de l'indivisibilité des comptes entre associés, ce qui permet d'éviter aux autres associés d'entrer en concours avec les créanciers de l'associé failli.

Lorsqu'un associé met à disposition de la société momentanée des moyens particuliers dont ne disposent pas les autres associés, il est par ailleurs intéressant de régler conventionnellement le sort de ces apports en cas de faillite de l'associé apporteur.

Il peut être essentiel à la poursuite du chantier que la société momentanée puisse continuer à disposer de ces apports appartenant à l'associé failli.

Il est ainsi possible de prévoir conventionnellement le maintien de ces apports, comme par exemple un matériel spécifique ou des brevets, au sein de la société momentanée ou au bénéfice des associés restant, pour autant que la faillite n'en soit pas lésée, c'est-à-dire pour autant qu'une indemnisation raisonnable soit prévue au bénéfice de la faillite pour le maintien de ces apports jusqu'à la réalisation complète de l'objet de la société momentanée.

### **En synthèse**

La faillite d'un associé n'empêche ni la conclusion ni la poursuite de l'exécution du marché sur un plan juridique pour autant que les autres associés disposent encore des conditions d'accès et de sélection permettant d'exécuter le marché.

Cette situation offrira toutefois généralement la possibilité au cocontractant de la société momentanée, s'il le souhaite, de mettre fin au contrat sur la base des dispositions contractuelles applicables entre parties.

Entre associés, cette situation obligera à l'établissement des comptes entre l'associé failli et la société momentanée. Une série de clauses conventionnelles peuvent utilement prévenir un certain nombre de difficultés liées à l'établissement de ces comptes et à la poursuite du contrat par les autres associés.