

## Le gérant de SARL n'est pas un professionnel indépendant

Alain Lienhard

Plusieurs décisions de la Cour de cassation sont venues cet automne cerner le paysage des procédures collectives des professionnels indépendants, soumis au livre VI du code de commerce depuis le 1er janvier 2006. Certaines un peu périphériques quoique importantes en pratique, comme celle du 28 octobre 2008 accordant le bénéfice du « privilège de juridiction » de l'article 47 du code de procédure civile aux avocats (D. 2008. AJ. 2791, obs. A. Lienhard ) , d'autres plus substantielles, comme le présent arrêt, qui mérite bien son estampille « 4 étoiles » (P+B+R+I), pour reprendre l'expression du président Daniel Tricot (interview *in* D. 2007. 2545 : la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation), tant par la solution attendue précise qu'il pose que par les contours de la définition de « l'activité professionnelle indépendante » que, plus généralement, il tend à dessiner (arrêt qu'accompagne un autre arrêt du même jour, dans le même sens, non publié ce dernier, pourvoi n° 07-15.648).

La problématique qu'il résout était connue, au moins depuis 2007, année où sont apparues les décisions de cour d'appel qu'a eu à examiner la chambre commerciale dans les arrêts du 12 novembre 2008, qui n'avaient pas échappé à la doctrine « faillitiste ». Elle peut se résumer facilement. Certaines personnes, notamment les associés en nom, mais aussi, et surtout, les gérants de sociétés à responsabilité limitée non affiliés obligatoirement aux assurances sociales, sont considérées, par l'article R. 241-2 du code de la sécurité sociale, comme des travailleurs indépendants, redevables à titre personnel de cotisations d'allocations familiales : sont-elles dès lors aussi des « personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendantes », susceptibles d'être assignées en redressement ou en liquidation judiciaire, comme le soutenaient les URSSAF ?

Non, avaient répondu, avec l'approbation de leurs commentateurs, les premières juridictions saisies de la question, la théorie de la personnalité morale et de la représentation des sociétés s'y opposant (Chambéry, 14 mai 2007 et Versailles, 21 juin 2007, Gaz. Pal. 20-21 juill. 2007, obs. P.-M. Le Corre ; Bull. Joly 2007. 1234, note Auzero ; V. aussi C. Lebel, Le cotisant est-il un débiteur ?, Gaz. Pal. 23-24 janv. 2008, p. 19). Et non, pareillement, répond aujourd'hui la Cour de cassation, qui, pour la même raison, reprise à son compte, que le gérant d'une SARL agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, estime que ce dernier « n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce ».

La conséquence pratique directe est évidente, que les URSSAF devront maintenant bien admettre : en l'état des textes (que l'ordonnance de réforme en préparation ne modifiera pas sur ce point), les gérants de SARL échappent aux procédures collectives du code de commerce. Vu du côté des poursuivants, pas d'alternative donc aux procédures d'exécution de droit commun.

Regardé du côté du redevable, c'est une autre interrogation qui va surgir : le débiteur pourrait-il alors bénéficier du traitement des situations de surendettement des particuliers ? Laissons la jurisprudence y répondre. Mais cela paraît peu probable, le critère légal des « dettes non professionnelles », posé par l'article L. 330-1 du code de la consommation, s'accommoderait mal de ces dettes générées par l'activité d'une entreprise (V. C. Lebel, préc.). Et, pour qu'il en aille différemment, c'est sans doute plus au législateur qu'il faudrait s'en remettre. Lui qui a bien révisé, dans la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, la situation du dirigeant impécunieux qui s'est porté caution d'une dette de son entreprise, le faisant expressément profiter, sous condition de bonne foi, de la procédure de surendettement et de rétablissement personnel. Autrement dit, pour l'instant, là encore, rien

que le droit commun.

Ce qui signifie que, contrairement à ce que l'on avait parfois voulu croire au lendemain de la loi de sauvegarde, subsiste une faille entre les procédures d'insolvabilité « commerciales » et « civiles ». On savait déjà que celui qui bénéficie aujourd'hui des premières se voit exclu des secondes (Com. 30 sept. 2008, D. 2008. AJ. 2501, obs. A. Lienhard, et Chron. C. cass. 2749, obs. Béval). On sait dorénavant également que celui qui échappe aux premières peut ne pas bénéficier des secondes. Ce qui est quand même moins satisfaisant.

Cela étant, il faut bien se demander quelle est la portée réelle de la solution, chercher à deviner, en quelque sorte, les « motifs des motifs » de l'arrêt du 12 novembre 2008 (V., sur cette recherche, P. Deumier, Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation, Etude des travaux préparatoires, in Principes de justice, Mélanges en l'honneur de J.-F. Burgelin, Dalloz, nov. 2008, p. 126).

Une chose est certaine : les hauts magistrats fondent leur décision sur l'autonomie de la notion d'« activité professionnelle indépendante », dont ils soulignent, pour ne pas se laisser dicter la loi par une disposition du code de la sécurité sociale (elle-même frappée de l'autonomie de la discipline à laquelle elle ressortit), qu'elle est à appréhender à la lumière, « au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce » (qui contient cette notion, s'agissant du redressement judiciaire, comme la contiennent, s'agissant respectivement de la sauvegarde et de la liquidation judiciaire, les articles L. 620-2 et L. 640-2). Voilà pour ce que l'« activité professionnelle indépendante » n'est pas. Mais qu'est-elle, positivement ? Peut-on dire, en fait, que seul le professionnel qui serait, en somme, à lui seul une entreprise exercerait une telle activité lui ouvrant le champ du livre VI du code de commerce, ce qui rejetterait inévitablement toute demande concernant un associé ?

C'est là l'autre volet de la même problématique, qui concerne la situation des associés de sociétés professionnelles. A ce sujet aussi, les hésitations sont permises, et d'autant plus grandes, là, que les partagent la jurisprudence tant que la doctrine. La question, c'est vrai, est plus complexe (mais elle est en même temps de moindre portée, car elle se rapporte, en réalité, à un cas de figure transitoire : celui du professionnel qui a généré des dettes professionnels avant 2006, et se retrouve assigné en redressement ou en liquidation judiciaire, après 2006, alors qu'il est devenu associé d'une SCP ou d'une SEL).

En la matière, la jurisprudence publiée est, pour l'heure, parisienne. Dans un premier temps, ont été jugés exclus, par la 3e chambre A de la cour d'appel de Paris, du domaine des procédures collectives, les avocats associés de sociétés d'exercice libéral, au motif que « chaque avocat associé exerçant au sein d'une société d'exercice libéral exerce les fonctions d'avocat au nom de la société », ce dont il résulterait que, « faute d'exploiter pour son propre compte une entreprise libérale », ces associés ne sauraient faire l'objet d'une liquidation judiciaire (Paris, 3e ch. A, 20 nov. 2007, D. 2007. AJ. 3074, obs. A. Lienhard ; 11 mars 2008, Rev. sociétés 2008. 677, obs. Urbain-Parléani ; Bull. Joly 2008. 784, note Saintourens). La solution, si on l'adoptait, devrait alors valoir pareillement pour les autres professionnels libéraux associés de SEL ou de SCP (mais elle est critiquable, notamment en ce qu'elle ne serait pas conforme aux objectifs de la loi : V. M.-H. Monsérié-Bon, Dr. et patr., juill.-août 2008. 110). Un autre arrêt de la même formation avait d'ailleurs déjà précisé, à ce sujet, que le passage d'un mode d'exercice libéral à celui d'associé d'une SELARL n'implique pas une cessation d'activité professionnelle au sens de l'article L. 631-3, permettant de demander le bénéfice d'un redressement judiciaire (Paris, 3e ch. A, 9 mai 2007, Act. proc. coll. 2008, n° 38, obs. Rétif). Cette jurisprudence a conduit l'URSSAF de Paris à demander une modification de la loi (Réforme des procédures collectives, Apports de l'URSSAF de Paris-Région parisienne, mars 2008). Une partie de la doctrine en a fait de même (V. Thomas, Notaire associé et procédures collectives, D. 2008. Point de vue 1632). Mais, quelque temps après, la 3e chambre B de la cour d'appel de Paris s'est positionnée autrement, considérant que la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante, dont l'exercice au sein d'une société d'exercice libéral n'est qu'une modalité, de sorte que l'avocat assigné en redressement ou en liquidation judiciaire ne peut opposer la cessation d'activité depuis plus d'un an prévue par les articles L. 631-5 et L. 640-5 (Paris, 3e ch. B, 26 juin 2008, Gaz. Pal. 14-16 sept. 2008,

p. 19, note Iacovelli). Comme elle l'a dit clairement, « la loi du 26 juillet 2005 ne subordonne pas son application aux personnes physiques exerçant une profession indépendante à la condition qu'elles n'exercent pas en société » (Paris, 3e ch. B, 18 sept. 2008, D. 2008. AJ. 2666).

La question est alors toute simple : la solution affirmée par l'arrêt du 12 novembre 2008 s'opposerait-elle à ce que la Cour de cassation fasse sienne demain cette position de la 3e chambre B de la cour de Paris ? En lisant juxtaposées les deux solutions, elles ne semblent pas contradictoires (V. aussi, suggérant pour cela une dissociation entre la qualité de professionnel de l'avocat et la qualité d'associé de l'avocat, A. Cerati-Gauthier, Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales, JCP E 2008. 2436, n° 8).

**Mots clés :**

SAUVEGARDE DES ENTREPRISES \* Procédure \* Ouverture \* Professionnel indépendant \* Gérant de SARL