

Revue des sociétés 2009 p. 607

Le gérant majoritaire d'une SARL ne peut être mis en redressement judiciaire

Note sous Cour de cassation (com.) 12 novembre 2008, *Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) de La Savoie c/ M. D... X...*

Philippe Roussel Galle, Professeur, Université du Havre

L'essentiel

Le gérant d'une SARL, qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce ; il ne peut donc pas être mis en redressement judiciaire, et ce, même s'il est majoritaire.

La Cour,

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 14 mai 2007) et les productions, qu'après la mise en liquidation judiciaire de la SARL Dan's Car (la SARL) par jugement du 6 mars 2006, l'URSSAF de la Savoie (l'URSSAF) a saisi le tribunal de grande instance d'une demande d'ouverture d'un redressement judiciaire à l'égard de M. X..., gérant majoritaire de la SARL, lequel était redevable de cotisations personnelles d'allocations familiales ; que le tribunal a dit n'y avoir lieu à appliquer à M. X... la procédure de redressement judiciaire ;

Attendu que l'URSSAF fait grief à l'arrêt d'avoir confirmé le jugement, alors, selon le moyen, que la procédure de redressement judiciaire est applicable au gérant majoritaire de société à responsabilité limitée qui relève légalement de la catégorie professionnelle des travailleurs indépendants ; qu'en énonçant, pour refuser d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de M. X..., que les considérations tirées du droit fiscal et du droit social importaient peu dès lors que M. X... agissait en sa qualité de gérant au nom et pour le compte de la société qu'il représentait, la cour d'appel s'est déterminée par un motif inopérant tiré de la qualité de mandataire de M. X... et a méconnu le statut légal d'ordre public dont celui-ci relevait en sa qualité de gérant majoritaire de la SARL, violant les articles L. 631-2 du code de commerce, ensemble les articles L. 311-3-11° et R. 241-2 du code de la sécurité sociale ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a énoncé que le gérant d'une SARL, qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce, en a exactement déduit que M. X... ne pouvait pas être mis en redressement judiciaire ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

Mme Favre, prés. ; M. Delmotte, cons. référendaire rapp. ; Mmes Lardennois, Pinot, Cohen-Branche, Riffault-Silk, Levon-Guérin, MM Albertini, Potocki, Gérard, cons. ; Mmes Bélaval, Vaissette, Guillou, MM. de Monteynard, Gadrat, cons. référendaires ; Mme Bonhomme, av. gén. ; SCP Boutet, av.

Note

1. La solution énoncée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 12 novembre 2008 (1), paraît relever de l'évidence. Elle juge que le gérant d'une SARL n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce, et qu'il ne peut donc être mis en cette qualité, en redressement judiciaire. Comme le relève la Haute Juridiction, ce dirigeant agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel. Le raisonnement consistant à l'exclure du champ d'application du redressement judiciaire est donc logique et de prime abord, la solution s'impose. Cet arrêt n'en a pas moins eu les honneurs du rapport annuel de la Cour de cassation, ce qui est pleinement justifié, au regard de sa portée pratique, mais également parce que la solution, de prime abord logique, ne s'imposait peut être pas de façon aussi apparente qu'il n'y paraît.

2. Depuis la loi du 26 juillet 2005, le champ d'application du droit des procédures collectives a été étendu aux professions libérales ou plus précisément, à toute personne physique « exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé », qu'il s'agisse d'une sauvegarde (2), d'un redressement judiciaire (3) ou d'une liquidation judiciaire (4). Il en va d'ailleurs de même pour le mandat (5) *ad hoc* et pour la conciliation (6). Il convient donc de déterminer ce qu'il faut entendre par exercice d'une activité professionnelle indépendante.

3. La question a dans un premier temps été soulevée à propos des professionnels libéraux, avocats notamment, exerçant leur activité au sein d'une société. Les juridictions du fond leur ont tout d'abord refusé le bénéfice des procédures du Livre VI du code de commerce au motif qu'ils n'exercent pas leur profession en leur nom personnel (7). Puis, la troisième chambre sect. B, de la cour d'appel de Paris a semblé revenir sur cette jurisprudence au motif que l'exercice de la profession d'avocat au sein d'une SEL n'est qu'une modalité d'exercice de son activité qui ne lui ferme donc pas le bénéfice d'une procédure collective (8). Si la question reste donc discutée, puisque la Haute Juridiction n'a pas encore eu l'occasion de trancher le débat, l'arrêt du 12 novembre 2008 ici commenté se situe dans une perspective assez proche.

4. En l'espèce, il ne s'agissait pas d'un professionnel libéral, mais d'un gérant majoritaire d'une SARL. Or, au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, on avait assisté à une multiplication d'actions de l'URSAFF en vue de faire ouvrir des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires à l'encontre de gérants majoritaires de SARL (9). L'argumentation de l'URSAFF se basait sur le code de la sécurité sociale et plus précisément sur ses articles L. 311-3-11° et R. 241-2, selon lesquels, le gérant majoritaire est soumis au régime des travailleurs indépendants. Mais les juges du fond, tout comme la Cour de cassation, rejettent ce raisonnement, au motif que le gérant agit au nom de la société et n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce, et ce, même s'il est majoritaire. Bien que la solution soit dégagée à propos d'un redressement judiciaire, elle vaut selon toute évidence, pour une demande de sauvegarde ou de liquidation judiciaire, les conditions *rationae personae* d'ouverture de ces procédures étant identiques.

5. La solution doit être approuvée. Il pouvait certes être tentant de faire coïncider le droit de la sécurité sociale et le droit des entreprises en difficulté pour décider que le gérant majoritaire considéré comme un travailleur indépendant par le premier devait également l'être par le second. Mais alors le droit des entreprises en difficulté aurait été amené à l'instar du droit de la sécurité sociale à traiter différemment le gérant majoritaire et celui qui ne l'est pas, alors que, comme le relève le professeur Jean-Pierre Legros, l'un comme l'autre exerce ses prérogatives pour le compte de la société, la meilleure preuve résidant « dans la responsabilité qui incombe à la société dont il assure la direction sauf hypothèse d'une faute détachable de ses fonctions » (10). Aussi bien, même si la question pouvait être discutée, en refusant de procéder par voie d'assimilation, la Cour de cassation précise dans son rapport annuel que l'arrêt du 12 novembre 2008 « puise sa source dans l'esprit même de la loi et dans la notion économique d'entreprise » (11).

6. Comme l'a également relevé dans ses conclusions, Mme Régine Bonhomme, avocat général à la Cour de cassation, admettre la mise en redressement judiciaire d'un gérant majoritaire, pouvait paraître aller à « l'encontre d'une volonté législative de supprimer toute confusion entre l'homme et l'entreprise, par élimination des extensions de procédure collective aux membres et associés d'un groupement dont ils répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales [...] » et plus généralement de toutes les ouvertures sanctions (12). Cet argument basé sur la distinction de l'homme et de l'entreprise, repris dans le rapport annuel de la Cour de cassation, semble effectivement pertinent. Si l'on fait habituellement remonter cette séparation à la loi de 1967, c'est la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 qui, en supprimant les extensions ou ouvertures sanctions, a mené à son terme cette volonté de séparer l'homme de l'entreprise (13). Dès lors, comme le souligne le rapport annuel de la Cour de cassation, « il y aurait [...] un paradoxe à admettre l'ouverture d'une procédure collective contre le gérant majoritaire d'une SARL, pris en son nom personnel » (14). C'est donc le recours à la « notion économique d'entreprise » qui est déterminante ; pour reprendre la formule du professeur Pierre-Michel Le Corre : « pas d'entreprise = pas de procédure collective ! » (15).

7. La solution est donc fermement établie pour le gérant majoritaire et *a fortiori* pour celui qui ne l'est pas, solution qui présente également l'avantage d'être conforme au principe de l'autonomie de la personne morale de la société. Même si la Cour de cassation se limite dans cet arrêt à exclure la mise en redressement judiciaire du gérant, sa mise en liquidation judiciaire devrait de même être exclue. Le rapport annuel de la Cour de cassation pourrait toutefois faire naître un doute en ajoutant à la démonstration : « d'ailleurs, l'article L. 631-1 du code de commerce énonce que ?la procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif?. Solliciter l'ouverture d'un redressement judiciaire à l'égard du gérant d'une SARL, à titre personnel, ne répond pas à ces objectifs » (16). Mais d'une part, comme nous l'avons relevé (17), les textes régissant les conditions *rationae personae* d'ouverture visant les mêmes catégories de personnes (18), il serait curieux d'ouvrir certaines procédures à certains débiteurs et pas d'autres. D'autre part, selon l'article L. 640-1, alinéa 2, la liquidation judiciaire « est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens », ce qui semble bien, là encore, postuler qu'est visée une entreprise dont l'activité pourra éventuellement être maintenue par une cession, et dont les actifs seront cédés dans le cas contraire (19). Aussi bien, il est également ajouté dans le rapport que « la procédure collective ne peut être utilisée comme une voie d'exécution de droit commun » ce qui nous semble bien exclure la liquidation judiciaire du gérant, au même titre que le redressement judiciaire.

8. Quant à la situation personnelle du gérant majoritaire, en définitive, elle ne varie pas avec la loi de sauvegarde des entreprises. Avant, comme après, il ne peut bénéficier d'une procédure collective. Il doit donc se tourner vers la procédure de surendettement des particuliers, mais le bénéfice de cette procédure suppose que son insolvabilité ne résulte pas de dettes professionnelles. Or, les cotisations sociales dont est personnellement redevable le gérant d'une SARL devraient être considérées comme relevant de la sphère professionnelle (20). Tout au plus, peut-on observer qu'en précisant que caractérise également une situation de surendettement, la situation des personnes physiques de bonne foi qui ne peuvent faire face à l'engagement qu'elles ont donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société, la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 1er août 2008, a étendu le champ d'application de la procédure de surendettement (21). Même si cette innovation n'a pas pour effet de faire entrer le dirigeant systématiquement dans le champ d'application du surendettement, elle devrait contribuer à l'en faire bénéficier au moins lorsqu'il est dans une telle situation. Dans les autres cas, il est à craindre qu'il ne bénéficie pas plus aujourd'hui, qu'hier, d'un régime de traitement de son insolvabilité.

9. Reste évidemment à s'interroger sur la portée de la solution dégagée par la Cour de cassation. Elle prend en effet soin de viser le seul dirigeant de la SARL, et de prime abord, la solution peut difficilement être transposable aux gérants et plus généralement aux

professionnels libéraux, associés dans une société. Cette question est d'autant plus ardue que la plupart de ces sociétés connaissent des spécificités et des particularismes ; aussi, comme le relève le professeur Jean-Pierre Legros à propos de l'arrêt ici commenté, il reste difficile de prédire la thèse qui sera en fin de compte adoptée par la Cour de cassation (22). Toutefois, le critère de la « notion économique d'entreprise » évoqué dans le rapport annuel de la Cour de cassation nous semble plaider en faveur de la même solution que pour le gérant de SARL (23) sauf à envisager de subtiles distinctions selon les types de sociétés.

10. Quant aux associés d'une société qui ne relèvent pas du champ des professions libérales, le sort de ceux d'entre eux qui viendraient à être condamnés en responsabilité pour insuffisance d'actif semble définitivement scellé, si l'on s'en tient à la grille de lecture apparemment adoptée dans cet arrêt. Ils ne pourront, semble-t-il, pas bénéficier d'une procédure de traitement de leur insolvabilité puisque l'application du Livre VI du code de commerce paraît exclue du fait qu'ils n'ont aucune activité qui pourrait être rattachée à la notion d'entreprise. De même, les associés solidairement et indéfiniment responsables ne devraient pas pouvoir bénéficier d'une procédure collective, pour les mêmes raisons. De surcroît, pour ces derniers, lorsque de par leur qualité d'associés en nom, ils acquièrent la qualité de commerçant, ils ne devraient pas, eux non plus, pouvoir bénéficier d'une procédure collective, puisqu'ils n'ont aucune activité pouvant se rattacher à la notion d'entreprise susceptible notamment d'être redressée. En outre, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, une seconde voie qui consistait à soutenir qu'ils étaient commerçants, et pouvaient en cette qualité bénéficier d'une procédure collective a été fermée puisque le champ d'application du droit des entreprises en difficulté, comprend non plus les commerçants mais les personnes exerçant une activité commerciale. Or, en leur qualité d'associé, sauf à nier l'existence même de la personnalité morale de la société, ils n'exercent aucune activité commerciale.

11. On peut certes regretter que certaines personnes se trouvent ainsi exclues du bénéfice d'un mode de traitement collectif de leur insolvabilité, mais la solution qui consisterait à étendre plus que de raison le champ d'application du Livre VI du code de commerce serait sans doute inopportune et inadaptée. Peut-être faudrait-il se tourner du côté du champ d'application du surendettement, ce qu'a commencé de faire la loi de modernisation de l'économie avec les personnes qui ont consenti des cautionnements (24), mais il n'est pas certain que la procédure de surendettement ait vocation à traiter ce genre de situation.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt du 12 novembre 2008 risque fort d'être le premier d'une longue liste...

Mots clés :

SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE * Gérant * Redressement judiciaire * Activité professionnelle indépendante

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

(1) Com. 12 nov. 2008, n° 07-16.998, FS-P+B+R+I, Bull. civ. IV, n° 191 ; Rapport annuel Cour de cassation 2008, p. 287 ; JCP E 2009. 1023, concl. R. Bonhomme et note Ch. Lebel ; Gaz. Pal. Proc. Coll. 21/22 juill. 2009, p. 26, obs. Ch. Lebel ; Dr. sociétés 2009, comm. 15, J.-P. Legros ; Act. Proc. Coll. 20/2008, n° 310, obs. C. Regnaut-Moutier ; Defrénois 2009, n° 13, p. 1397, note D. Gibirila ; RJDA 2009, n° 34, note J.-L. Vallens ; Bull. Joly 2009, n° 3, p. 278, note P.-M. Le Corre.

(2) C. com., art. L. 620-2, al. 1er.



(3) C. com., art. L. 631-2, al. 1er.


(4) C. com., art. L. 640-2, al. 1er.

(5) C. com., art. L. 611-3, encore que ce texte se limite pour le mandat *ad hoc*, à viser le

débiteur sans autre précision.

(6) C. com., art. L. 611-5, al. 1er.

(7) Paris, 9 mai 2007, APC 3-2008, n° 38, obs. S. Rétif ; Paris, 20 nov. 2007, D. 2007. 3074, obs. A. Lienhard  ; JCP E 2008. 1045, note Ch. Lebel ; Paris, 3e ch. sect. A, 11 mars 2008, Rev. sociétés, 2008. 677, note I. Urbain-Parleani  ; Bull. Joly 2008, § 168, p. 784, note B. Saintourens.

(8) Paris, 3e ch. B, 26 juin 2008, Gaz. Pal. 14-16 sept. 2008, p. 19, note F. Iacovelli ; Paris, 3e ch. B, 18 sept. 2008, D. 2008. 2666, obs. A. Lienhard  ; Dr. sociétés 2008, comm. 251, J.-P. Legros ; RJDA 8/2008, n° 1920. Pour plus de détails sur cette question, V. not., A. Cerati-Gauthier, Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales, JCP E 2008. 2346 ; V. Thomas, Notaires associés et procédures collectives, D. 2008. 1632 ; Th. Favario, L'avocat en difficulté (application de la loi de sauvegarde à l'avocat exerçant en nom), Bull. Joly juin 2006. 691, § 155.

(9) Chambéry, 14 mai 2007, RJDA 3/2008, n° 295, arrêt qui fait l'objet du pourvoi rejeté dans l'arrêt ici commenté ; Bordeaux, 2e ch., 3 avr. 2007, qui a fait l'objet d'un pourvoi rejeté dans les mêmes termes que l'arrêt ici commenté par un arrêt rendu le même jour : Com. 12 nov. 2008, n° 07-15.648 FS-D ; Versailles, 21 juin 2007, Gaz. proc. coll. 20-21 juill. 2007, p. 21, obs. P.-M. Le Corre ; Bull. Joly 2008. 1234, note G. Auzero.

(10) J.-P. Legros, note préc. sous Com. 12 nov. 2008.

(11) Rapport Cour de cassation 2008, p. 287.

(12) R. Bonhomme, concl. préc. sous Com. 12 nov. 2008.

(13) Comme nous l'avons d'ailleurs souligné, avec d'autres, à propos de la loi de 2005 : Ph. Roussel Galle, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, préf. D. Tricot, Litec, 2e éd., 2007, n° 303.

(14) Rapport annuel Cour de cassation, préc.

(15) P.-M. Le Corre, note préc. sous Com. 12 nov. 2008, sp. n° 7.

(16) Rapport annuel Cour de cassation, préc.

(17) V. *supra* n° 4.

(18) Pour la liquidation judiciaire, C. com., art. L. 640-2.

(19) Raisonnant à propos d'un commerçant de fait qui exercerait une activité illicite, le professeur Françoise Pérochon estime que « seule alors serait opportune l'ouverture d'une procédure collective, et non à sa demande [?] », mais elle ajoute qu'« il reste à justifier en l'absence de distinction légale, le refus (indispensable) de faire bénéficier le débiteur de la sauvegarde ou, plus généralement, de la procédure collective » : F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 7e éd., 2006, n° 140. Même si, ici, la situation est différente, la problématique est similaire puisqu'il s'agirait d'admettre l'ouverture de la liquidation judiciaire à une certaine catégorie de personnes et pas le redressement judiciaire, distinction qui ne pourrait reposer sur aucun argument de texte. Dans le même esprit, le professeur Pierre-Michel Le Corre estime que « Ou bien l'intéressé relève de la procédure et il bénéficie de toutes ces dispositions ; ou il en est exclu. Il ne semble pas en revanche, possible de faire une application distributive des dispositions légales », P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2008/2009, n° 211.51.

(20) V. en dernier lieu, en ce sens, P. Cagnoli et K. Salhi, La répartition des procédures de

surendettement et des procédures collectives d'entreprises, Rev. proc. coll. 4/2009, p. 16, sp. n° 10.

(21) Pour une critique de cette nouvelle disposition, en ce sens que le législateur n'a pas pris le soin de se prononcer sur le sort d'autres formes de sûretés personnelles, comme par exemple la garantie autonome ou la lettre d'intention, V. P. Cagnoli et K. Salhi, art. préc., sp. n° 13.

(22) J.-P. Legros, obs. préc., sous Com. 12 nov. 2008.

(23) En ce sens, et beaucoup plus catégorique, C. Regnaut-Moutier, note sous Com. 12 nov. 2008, préc.

(24) V. *supra* n° 8.