

CHOIX DE LA FORME D'EXERCICE

QUEL STATUT POUR QUELLE PROTECTION ?

Nicolas BORGA,
Professeur agrégé
à l'Université Jean Moulin-Lyon 3

Patrick CANET,
Mandataire judiciaire
Vice-président de l'I.F.P.P.C
Ancien professeur associé des facultés de droit

1. Le choix d'une structure d'exercice n'est jamais anodin dans une perspective de gestion des risques encourus par l'entrepreneur, le risque faisant figure de boussole pour le créateur d'entreprise. Dans le cadre de cette contribution, le risque envisagé est celui lié à l'ouverture d'une procédure collective, ce risque pesant sur le *patrimoine familial*. A titre liminaire, une précision s'impose tout de même : une famille n'a pas, au sens propre, de patrimoine faute de personnalité juridique. Néanmoins, dès lors qu'un entrepreneur a une famille, le réalisme impose d'admettre qu'un certain nombre de ses biens sont en quelque sorte affectés à la cellule familiale. Aussi, sa défaillance est-elle susceptible d'avoir des répercussions patrimoniales évidentes pour la famille, les biens en question, dont la famille entière a la jouissance, pouvant naturellement intégrer l'actif que la procédure collective va appréhender.

2. Opposer l'exercice individuel au choix d'une structure sociétaire relève de l'image d'Épinal. Les sociétés de capitaux seraient parées des plus grandes vertus par la grâce du cloisonnement patrimonial obtenu, cloisonnement ayant notamment vocation à protéger dirigeants et associés dans l'hypothèse où une procédure collective viendrait frapper la personne morale. Il importe toutefois d'indiquer que la prévention du risque ne doit tout de même pas s'analyser au regard de la seule procédure collective à venir. D'une part, hors de toute liquidation judiciaire prononcée, l'exécution forcée de l'associé est tout autant redoutée. D'autre part, la création d'entreprise ne doit pas être pensée à l'aune du seul risque de défaillance, cela parce que telle n'est pas la psychologie de la plupart des créateurs, qui ne pourraient entamer une activité s'ils devaient intérioriser leur futur dépôt de bilan. Mais également parce que le choix d'une forme d'exercice n'obéit pas nécessairement, au principal, à une recherche de cantonnement du risque. Ce choix est largement dicté par les conditions humaines, économiques et financières qui président à la création d'une entreprise, et il est parfois commandé par les contraintes légales pouvant, dans certains cas, imposer ou interdire telle ou telle forme d'exercice¹. Le choix d'une forme d'exercice peut

¹ L'on songe notamment au débitant de tabac, qui doit exploiter son fonds de commerce sous la forme d'une S.N.C. ou d'une entreprise individuelle (art. L. 568, al. 2, du CGI). De même, les professionnels libéraux relevant d'un statut réglementé ne peuvent exercer en société de capitaux qu'au travers d'une société d'exercice libéral (art. 1^{er} de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales).

encore être grandement influencé par le statut fiscal et social qui s'appliquera au créateur d'entreprise. En prenant l'exemple de la protection sociale (retraite) du dirigeant en société, il était d'usage d'entendre louer la qualité de salarié du gérant minoritaire ou égalitaire (SARL). Mais, à une époque où les cotisations « Retraite » ont un avenir très flou, l'expert-comptable aura parfois tendance à conseiller le statut de gérant majoritaire éligible au régime T.N.S., ce qui évitera le double prélèvement sur salaire². Globalement, opter pour le régime des TNS au détriment du régime des TS permet un allègement de cotisations de 20 %³. Il faudrait donc, sur ce terrain, éviter d'opter pour le statut de gérant minoritaire de SARL ou de SAS.

3. Si le risque de défaillance devait seul commander le choix de la forme d'exercice, les statistiques en la matière, au stade de la création puis de la défaillance, devraient se traduire par un choix minoritaire en faveur de l'entreprise individuelle. Tel n'est pourtant pas le cas puisque si 71% des entreprises créées l'ont été sous la forme individuelle⁴, celles-ci ne représentent que 23 % des entreprises défaillantes⁵. Il faut toutefois indiquer que ces chiffres doivent être lus avec prudence. En effet, le décalage s'impose avec force lorsqu'on les compare avec ceux obtenus auprès des greffes des tribunaux de commerce, desquels ressort une prédominance du choix en faveur des structures à responsabilité limitée⁶. Ces différences s'expliquent aisément, dans la mesure où les auto-entrepreneurs ne sont pas tenus de s'immatriculer alors qu'ils représentent les trois-quarts des entreprises individuelles à l'échelle nationale. Le succès de la personnalité morale ne se vérifie donc qu'à la condition d'écarter les auto-entrepreneurs, ce qui ne se justifie pas. Alors même qu'ils bénéficient d'un statut particulier, ils demeurent des entrepreneurs, qui plus est justiciables du Livre VI du code de commerce. Il nous semble donc bien que le choix de la forme d'exercice n'est pas commandé, au premier chef, par le risque de défaillance et que le projet entrepreneurial demeure prépondérant.

4. Si l'on s'en tient au seul risque de défaillance, le conseil de l'entrepreneur pourra chercher, de manière avisée, à gérer un tel risque (I) à travers le choix de la forme d'exercice. Si le risque peut alors être contenu, nous observerons qu'il ne peut être totalement éliminé (II).

² Si l'on additionne la part patronale (40 %) et la part salariale (22-23 %), cela représente 62 à 63 % prélevé sur le revenu brut.

³ Différence de taux global de prélèvement.

⁴ Au stade de la création, selon l'Insee, pour la période d'août 2012 à juillet 2013 : 71% d'entreprises individuelles (dont ¾ Auto-entrepreneur) ; 29% d'EURL ou de SASU ; 10,8 % de SARL ; 13,7 % de SAS ; 1,3 % autres.

⁵ Au stade de la défaillance (source ALTARES), pour l'année 2012, les deux tiers (67 %) des entreprises défaillantes se présentent sous forme de SARL et moins d'un quart (23 %) sous forme d'entreprise Individuelle (E.I.), dont l'essentiel est constitué d'artisans-commerçants. Le nombre de procédures ouvertes à l'égard d'E.I est en recul sensible (- 3,8 %), mais la sinistralité des SARL a augmenté (+ 3,5 %) avec désormais plus de 40 000 jugements. Mais les évolutions sont surtout marquées pour les Sociétés par actions simplifiées et assimilées (+ 25 %) avec désormais plus de 3 100 défaillances alors qu'il y en avait moins de 1 400 en 2008. Parmi les autres formes sous tension, nous trouvons les associations avec près de 800 dépôts de bilan en 2012 et les sociétés civiles immobilières (788 défaillances, + 25 %).

⁶ Si l'on prend le cas du greffe du tribunal de commerce de Lyon pour l'année 2012, il a été enregistré 8 788 immatriculations de personnes morales contre 680 immatriculations de personnes physiques. Parmi les personnes morales, la SARL continue d'occuper une part essentielle puisqu'elle représente près de la moitié des immatriculations (4 407), mais la SAS apparaît tout de même en progression (1 595). Enfin, on indiquera que le greffe du tribunal de commerce de Lyon enregistre 1 à 2 EURL par semaine, soit moins de 100 par an. *Sur le terrain de la cessation d'activité, 2 264 personnes morales, dont 1 816 SARL, ont été concernées en 2012, contre 1 000 personnes physiques.*

I – LA GESTION DU RISQUE

5. Si l'importance du choix d'une forme d'exercice ne saurait être niée dans la perspective d'une protection du patrimoine familial (A), elle ne doit pas, à l'opposé, être exagérée. D'autres outils, traditionnels ou récents, doivent être mobilisés, de façon combinée ou indépendante du choix de la forme d'exercice (B).

A/ PAR LE CHOIX D'UNE FORME D'EXERCICE

6. Le choix d'une forme d'exercice peut s'envisager, soit à la création de l'entreprise (1), soit en cours de vie sociale (2).

1 – Le choix d'une forme d'exercice à la création d'entreprise

7. A la création, le choix d'une structure juridique a traditionnellement été commandé au principal par l'opposition entre l'exercice en nom propre et l'exercice au travers d'une personne morale à risque limitée. Mais l'évolution française récente a poussé à la recherche de solutions nouvelles destinées à encourager la création d'entreprise ; tel l'auto-entrepreneur non immatriculé.

8. Certes, l'entreprise individuelle (commerçant, artisan, agriculteur, profession libérale) présente des avantages : simplicité de création et de fonctionnement, absence d'associés, maîtrise des décisions par le seul entrepreneur qui bénéficie donc d'une complète autonomie. Subsiste néanmoins sa responsabilité indéfinie sur la totalité de son patrimoine, du chef de ses engagements professionnels. Aussi, tous les manuels de droit et guides du créateur d'entreprise soulignent-ils l'intérêt de pratiquer la SARL et l'EURL et la responsabilité limitée du ou des associés au montant de leurs apports respectifs.

9. A l'étape suivante, celle du choix de la personne morale, les mêmes ouvrages distinguent ensuite entre la situation du créateur isolé et celle du projet d'entreprise collectif. L'homme seul est orienté, depuis bientôt trente ans, vers l'EURL d'abord. On y retrouve les qualités de l'entreprise en nom propre, autonomie et maîtrise des décisions. On y obtient donc, en sus, la protection du patrimoine personnel du créateur par la création d'une personne morale à patrimoine propre. Mais une figure plus récente, la SASU (société par actions simplifiées unipersonnelle), connaît un fort développement. Le dirigeant bénéficie du régime des travailleurs salariés, l'associé voit sa responsabilité limitée au capital souscrit. Ce choix de structure peut être commandé par la situation psychologique du créateur, parfois un ancien salarié attaché à ce statut social. Ajoutons l'effet favorable au choix de la SAS qu'a pu constituer la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dont on a dit qu'elle a fait de la SAS une société « tout terrain » : plus de capital minimum, apports en industrie possibles, absence de recours systématique à un commissaire aux comptes⁷.

10. Les hommes, créateurs forgeant à plusieurs un *affectio societatis*, feront face, du point de vue de l'associé et de sa responsabilité, à l'opposition entre le risque illimité de l'associé en nom de la SNC (voire celui de l'associé commandité de la SCS et de la SCA) et le risque limité à l'apport dans la SARL, la SA, la SAS (entre ces dernières, le choix se fera sur des

⁷ Sur tous ces points, v. not. Th. Massart, La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus, Bull. Joly Sociétés, juillet 2008, p. 632 et s.

critères particuliers : gestion des relations entre associés, statut social et fiscal des dirigeants, financements de l'entreprise, etc.).

11. Dans le contexte actuel, quels éléments ajouter aux conseils traditionnels ? Depuis le 1^{er} janvier 2009, une personne physique peut créer une entreprise individuelle sans s'immatriculer, pour exercer une activité commerciale, artisanale ou libérale ; ce sous condition de ne pas dépasser un chiffre d'affaires maximum⁸. Une simple déclaration auprès du centre de formalité des entreprises suffit (ou via internet). L'entrepreneur bénéficie d'un régime simplifié de calcul de paiement des cotisations sociales (pas de cotisations sans encaissement), d'une exonération de TVA, du régime micro-social simplifié, d'une déclaration trimestrielle de son chiffre d'affaires (depuis le 1^{er} janvier 2012), d'obligations comptables allégées (livre-journal détaillant les recettes). Ce statut, dit de l'auto-entrepreneur, est donc comptable, social et fiscal ; il ne peut être mis sur le même plan que les statuts juridiques déjà présentés, sauf à le caractériser par l'absence d'immatriculation au registre du commerce. Il s'agit en réalité d'une variante du statut d'entrepreneur individuel.

12. Du point de vue de la gestion du risque, il est révélateur que les chambres de commerce et d'industrie conseillent à l'auto-entrepreneur, en complément, de recourir à la déclaration d'insaisissabilité ou à l'EIRL.

2 – Le choix d'une forme d'exercice en cours d'activité

13. La protection du patrimoine familial peut également passer par une modification de la forme d'exercice en cours d'activité. La démarche consiste, essentiellement, à abandonner le statut d'entrepreneur individuel. Les praticiens des procédures collectives constatent régulièrement cet exercice, par exemple par la mise en place d'une location-gérance au profit d'une SARL ou EURL. En cas de difficultés financières, l'entrepreneur va ainsi geler les dettes d'exploitation liées au démarrage d'activité, pour les traiter en dissociation de la poursuite de l'exploitation par le locataire-gérant. Le passif de l'entrepreneur individuel pourra, ainsi, être étalé dans le temps sous l'effet de la procédure collective et du plan mis en place. Par ailleurs, en prévision de difficultés financières à venir, la location-gérance permettra de placer le locataire-gérant en procédure collective, en épargnant ainsi l'entrepreneur individuel bailleur de fonds.

14. Le choix de la structure d'exercice est donc essentiel s'agissant de gérer le risque entrepreneurial, risque qui, s'il se réalise, aura des conséquences au-delà du patrimoine du seul entrepreneur. Mais ce choix ne peut être pensé isolément de l'utilisation d'autres outils protecteurs ; la combinaison entre structure choisie et outils additionnels constitue une approche normale de protection du patrimoine familial.

B/ HORS OU EN SUS DU CHOIX D'UNE FORME D'EXERCICE

15. Si le choix de la structure d'exercice est important en termes de gestion du risque que ferait courir sur le patrimoine familial l'ouverture d'une procédure collective, d'autres outils peuvent actuellement se révéler utiles. Ces outils peuvent venir au soutien du choix qui serait opéré en faveur de l'entrepreneuriat individuel, ils peuvent également être totalement indépendants du choix de la structure.

⁸ 81 500,00 € H.T. : activité d'achat – revente ; 32 600,00 € H.T. : prestation de service.

1/ Les outils de complément

16. Le législateur, parfois bien maladroitement, semble faire tout son possible pour que ceux ayant décidé de ne pas créer de société n'aient pas, ensuite, quelques regrets quant à ce choix. Le choix en faveur de la forme sociale résulte d'une démarche active. A l'inverse, choisir l'entrepreneuriat individuel relève d'une démarche beaucoup plus passive. Certes, sauf le cas des auto-entrepreneurs, les commerçants ou artisans devront se faire immatriculer au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers. Toutefois, si l'immatriculation fait présumer de la qualité de commerçant ou d'artisan, elle n'est pas forcément décisive, notamment quant à la soumission aux procédures du livre VI du code de commerce. Choisir l'entrepreneuriat individuel correspond en quelque sorte au choix de la facilité et le législateur contemporain, dans sa grande bonté, estime nécessaire de protéger les entrepreneurs individuels qui peuvent, soit dès l'origine, soit en cours d'exercice, remédier aux défauts de leur statut. Ces outils sont désormais bien connus, qu'il s'agisse de la déclaration d'insaisissabilité⁹ ou du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée¹⁰.

17. L'idée à l'œuvre dans l'EURL n'est pas neuve. Elle était au cœur du rapport remis en février 1978 par un groupe de travail présidé par le professeur Claude Champaud. Ce rapport, qui préconisait la création d'une « *entreprise personnelle à responsabilité limitée* », répartissait les biens de l'entrepreneur en trois patrimoines : un patrimoine affecté à l'entreprise, gage des créanciers professionnels, un patrimoine personnel à l'usage de la famille, insaisissable par ces créanciers, et un patrimoine intermédiaire, disponible pour l'entreprise. La proposition n'a toutefois pas été retenue, et il a été fait le choix d'altérer profondément le droit des sociétés en créant l'EURL. Si les principes juridiques n'y ont pas trouvé leur compte, le succès a été au rendez-vous. Mais l'EURL ne fait néanmoins pas l'unanimité. Que ce soit par paresse, par peur des conditions de constitution ou du fonctionnement propre à toute structure sociétaire, quelques-uns ne font pas ce choix, et le législateur, depuis 2003, se préoccupe de leur fournir des outils propres à leur assurer une protection équivalente ou presque. Et il faut ajouter que si la loi du 31 décembre 1990 a permis aux professions libérales de constituer ces sociétés commerciales spécifiques que sont les sociétés d'exercice libéral, elles n'apportent pas un même niveau de protection. Certes, SELARL et SELAS peuvent être unipersonnelles, mais la responsabilité civile professionnelle reste alors indéfinie. D'où l'intérêt pour les professionnels libéraux d'exercer en nom, en se ménageant une protection par l'intermédiaire de la déclaration d'insaisissabilité ou du recours à l'EURL.

18. Ces deux dispositifs de complément ont, a priori, de sérieux atouts. Ils opèrent en effet un cloisonnement patrimonial rendant les biens déclarés insaisissables ou les biens figurant dans le patrimoine non affecté hors de portée des créanciers, tout du moins de certains d'entre eux. Contrairement à la déclaration d'insaisissabilité, l'EURL n'a toutefois pas encore subi l'épreuve du feu jurisprudentiel. Chacun le sait, la déclaration d'insaisissabilité a, pour sa part, fait l'objet d'arrêts retentissants de la part de la Cour de cassation, qui s'est montrée extrêmement respectueuse de l'esprit du texte en lui offrant une certaine efficacité là où le législateur n'avait absolument rien dit¹¹. Pour autant, la déclaration d'insaisissabilité met-elle véritablement les biens immobiliers du débiteur à l'abri des créanciers lorsque les difficultés apparaissent ? Rien n'est moins sûr, nous le verrons. Reste que la déclaration d'insaisissabilité est aisée à constituer, ce qui est beaucoup moins vrai pour l'EURL. Si l'EURL recueille encore très peu les suffrages des créateurs d'entreprise, ce n'est pas en raison d'un manque d'efficacité dans la protection du patrimoine. Là, EURL et EURL produisent en principe des effets assez proches. Le faible succès de l'EURL résulte bien plus sûrement du

⁹ Art. L. 526-1 et s. C.com.

¹⁰ Art. L. 526-6 et s. C.com.

¹¹ V. la contribution de Me M. Cadiou.

fait que les formalités de constitution et les conditions de fonctionnement sont assez comparables à celles rencontrées dans l'EUURL¹². Or, si certains font le choix de renoncer à la structure sociale, ce n'est pas pour se diriger vers un ersatz de société. Si le projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, adopté au Sénat le 17 avril 2014 prévoit de modifier certains aspects du statut de l'EURL, ces évolutions ne seront pas de nature à rendre l'institution plus attractive¹³.

19. Si l'EURL et la déclaration d'insaisissabilité sont supposés remédier aux inconvénients de l'entrepreneuriat individuel sur le terrain de la protection du patrimoine personnel et familial, d'autres outils existent, et peuvent, pour leur part, être mobilisés indépendamment du choix de la structure d'exercice.

2/ Les outils autonomes

20. Certains mécanismes protecteurs peuvent être mis à profit tant par un entrepreneur individuel que par celui ayant opté pour la constitution d'une société. Tantôt c'est la loi qui les met à leur disposition, tantôt ils résultent de l'imagination et du volontarisme des praticiens. Il importe naturellement de mesurer leur efficacité, mais, au-delà, ces outils invitent peut-être à remettre en cause une idée largement reçue : celle selon laquelle le choix de la structure décisif est déterminant pour protéger le patrimoine familial, ce choix, autre idée reçue, devant *a priori* s'effectuer en faveur d'une structure sociétaire à responsabilité limitée.

21. La loi offre à l'entrepreneur un premier outil, c'est le choix de son régime matrimonial. A cet égard, la séparation de biens est naturellement beaucoup plus indiquée qu'un régime communautariste dès lors qu'il s'agit de protéger le patrimoine familial¹⁴. C'est un outil indépendant du choix de la structure d'exercice dans la mesure où il présente un intérêt aussi bien pour l'entrepreneur individuel que pour le dirigeant ou l'associé de société.

22. Les autres outils sont parfois moins simples à manipuler et peuvent nécessiter pour l'entrepreneur ou le créateur de société de faire appel à un ouvrier du droit très qualifié. De ce point de vue, la fiducie mérite d'être évoquée. Celle-ci commence à s'acclimater en droit français, et elle a par exemple été mise à profit dans l'affaire Petroplus où une fiducie-sûreté sur stocks a permis de sécuriser la restructuration de l'entreprise¹⁵. Dans le cadre de la protection du patrimoine familial, c'est toutefois la fiducie-gestion qui est susceptible de présenter le plus d'intérêt. Elle pourrait, en effet, se révéler utile pour sécuriser un patrimoine familial, les biens entrant en fiducie échappant au périmètre de la procédure collective. Certes, en liquidation judiciaire, l'article L. 641-12-1 du code de commerce prévoit que si « *le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire* ». Le texte ne vise néanmoins qu'une situation, celle dans laquelle un débiteur personne physique a constitué une fiducie-gestion dont il a été désigné bénéficiaire. Aussi, dès lors qu'est désignée une autre personne en qualité de bénéficiaire, les biens seront à l'abri de la liquidation judiciaire. La fiducie-gestion n'est donc pas sans intérêt, à condition bien sûr de ne pas avoir été constituée en période suspecte¹⁶ ou de ne pas être entachée d'une fraude susceptible d'être attaquée par le biais de l'action paulienne. En présence d'un dirigeant de société ou d'un associé, le mécanisme est encore plus intéressant puisque le

¹² V. not. F. Marmoz, L'EURL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise, D. 2010, p. 1570.

¹³ V. not. V. Legrand, EURL : coup de théâtre en trois actes ou énième épisode d'un mauvais feuilleton ?, D. 2013, p. 1971.

¹⁴ V. la contribution de Me C. Bertin-Aynès.

¹⁵ V. S. Catoire et A. Bertin, Retour sur des utilisations réussies de la fiducie, Droit et Patrimoine, 2013, n°228.

¹⁶ L. 632-1, 9° et 10° C.com.

dirigeant ou l'associé n'étant pas le débiteur sujet de la procédure collective, on peut tout à fait être constituant et bénéficiaire d'une fiducie-gestion sans que les textes du Livre VI ne soient un problème. Le risque est d'autant plus faible que les extensions-sanction ont disparu depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

23. Dans un esprit assez proche, dans la mesure où il s'agit là encore d'isoler certains biens, le recours à l'assurance vie peut présenter quelques attraits. Un arrêt de la chambre commerciale du 11 décembre 2012 permet de le mesurer pleinement¹⁷. L'arrêt réaffirme en effet que le liquidateur ne peut demander le rachat de l'assurance vie souscrite par le débiteur dans la mesure où il s'agit d'un droit exclusivement attaché à sa personne. S'il le peut, le débiteur a donc intérêt à attendre la clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour exercer le droit au rachat sans avoir à craindre que les fonds soient appréhendés par la procédure ou que des sanctions soient prononcées à son égard. En effet, l'exercice de la faculté de rachat postérieurement à la clôture de la procédure ne saurait donner lieu ni à une réouverture ni à une reprise des poursuites. L'article L. 643-13 du code de commerce supposant que des actifs n'aient pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêt des créanciers n'aient pas été entreprises, aucune réouverture n'est envisageable. Par hypothèse en effet, aucune action n'était ouverte au liquidateur puisque demander le rachat est un droit exclusivement attaché à la personne du débiteur. Et aucun actif n'a échappé à la procédure puisque, préalablement à l'exercice du rachat, la valeur de rachat demeure hors du patrimoine du débiteur. Quant à une éventuelle reprise des poursuites, le simple fait de demander le rachat après clôture de la procédure de liquidation plutôt qu'avant ne peut être en soi considéré comme une fraude. Deux précautions devront néanmoins être prises. D'une part, il vaut mieux éviter de conclure la convention pendant la période suspecte. D'autre part, les primes ne doivent pas être exagérées eu égard aux facultés du souscripteur¹⁸.

24. D'autres moyens peuvent encore être employés pour mettre une partie du patrimoine familial hors de portée des créanciers. A chaque fois, ils reposent sur la paralysie du mandataire judiciaire. C'est par exemple le cas de la clause d'inaliénabilité, qui rend le bien inaliénable mais également insaisissable¹⁹. Une fois encore, l'action en levée de la clause d'inaliénabilité est exclusivement attachée à la personne du donataire²⁰. La chambre commerciale de la Cour de cassation a notamment eu à connaître d'une telle difficulté dans un arrêt du 8 novembre 2011²¹. Face à un immeuble grevé d'une clause d'inaliénabilité, le mandataire judiciaire sollicitait du juge-commissaire l'autorisation de ne pas vendre l'immeuble afin de pouvoir clôturer la procédure. La Cour de cassation considérant que le juge-commissaire est incompétent à cet égard, le mandataire judiciaire n'a donc d'autre possibilité que de s'adresser au TGI pour tenter de mettre en échec la clause d'inaliénabilité. Il peut alors essayer de démontrer le défaut de validité de la clause, faute d'être temporaire ou justifiée par un intérêt sérieux et légitime²². Il peut aussi, comme en l'espèce, exciper d'une renonciation du bénéficiaire à se prévaloir de la clause d'inaliénabilité.

25. Une clause d'inaliénabilité pourra encore être combinée aux ressources offertes par le droit des sociétés. On pourrait notamment imaginer la constitution d'une société civile immobilière dont les statuts contiendraient une clause d'inaliénabilité des parts sociales. Depuis un arrêt du 31 octobre 2007, la Cour de cassation admet en effet que « *dès lors qu'elle est limitée dans le temps et qu'elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime, une*

¹⁷ Cass. com. 11 déc. 2012, n°11-27437, Lettre d'act. des proc. coll. civiles et commerciales, n°3, févr. 2013, repère 30 et nos obs. ; JCP E n°16, avril 2013, 1216, n°4, obs. Ph. Pétel.

¹⁸ C. assur., art. L. 132-13 et L. 132-14.

¹⁹ V. par ex., Cass. civ. 1re, 15 juin 1994, D. 1995, p. 342, note A. Leborgne, somm., p. 50, obs. M. Grimaldi, RTD civ. 1995, p. 919, obs. F. Zenati ; Cass. civ. 2e, 30 juin 1993, Bull. civ. II, no 241, D. 1995, somm., p. 50, obs. M. Grimaldi.

²⁰ Cass. civ. 1re, 29 mai 2001, n° 99-15776.

²¹ Cass. com. 8 nov. 2011, n°10-21508.

²² Cette action doit pouvoir être offerte au mandataire judiciaire puisqu'il s'agit d'une nullité absolue.

clause d'inaliénabilité peut être stipulée dans un acte à titre onéreux »²³. La pratique use largement de cette possibilité à l'égard des droits sociaux dans la mesure où lorsque la loi autorise les clauses d'inaliénabilité, elle ne le fait que pour les SAS²⁴ et les sociétés européennes²⁵. Dans le contexte, par exemple, d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard d'un débiteur personne physique associé-gérant de la SCI, le mandataire liquidateur se heurtera alors à deux séries de difficultés. D'une part, il devra surmonter la clause d'inaliénabilité relative aux parts sociales. D'autre part, la constitution de la société par le débiteur limitera également sa marge de manœuvre. En effet, le liquidateur pourrait être tenté de tirer prétexte du dessaisissement du débiteur pour exercer ses droits d'associé et modifier les statuts afin d'être débarrassé de la clause en question. Mais cela lui est interdit, puisque la Cour de cassation considère, de façon très nette, que « *le liquidateur n'a pas qualité pour exercer les actions liées à sa qualité d'associé ou de gérant et concernant le patrimoine de la personne morale, non plus que son droit de participer aux décisions collectives* »²⁶.

26. Si le choix d'une structure d'exercice participe largement de la gestion du risque lié à l'ouverture d'une procédure collective, il faut actuellement y associer d'autres éléments qui, soit remédient au déficit de protection dont pâtit l'entrepreneur individuel, soit peuvent être mobilisés tant par des entrepreneurs individuels que par ceux exerçant sous couvert d'une structure sociétaire. Ces éléments autonomes ne sont pas sans importance. En effet, le choix d'une structure d'exercice, quelle qu'elle soit, n'est pas de nature à éliminer tout risque.

II – LA SUBSISTANCE DU RISQUE

27. Peu importe le statut du créateur d'entreprise, le risque n'est pas susceptible de disparaître totalement. Cela paraît relever de l'évidence s'agissant de l'entrepreneur individuel (A), mais cela mérite tout de même que l'on en dise quelques mots. A l'égard des structures sociétaires (B), là encore, et de façon moins attendue, le risque n'est pas minime, loin s'en faut. Certes, ce n'est pas forcément de risque face à la procédure collective dont il s'agit, mais le risque face à la procédure de traitement du surendettement des particuliers est parfois plus grand encore.

A/ L'EXERCICE INDIVIDUEL

28. Deux situations peuvent ici être distinguées, l'hypothèse d'un exercice en nom propre de façon traditionnelle, et l'hypothèse d'un recours à l'EIRL.

1 – Le choix de la tradition

29. Dans une telle situation, le risque pour le patrimoine familial est, à l'évidence, majeur. Au-delà de la situation personnelle de l'entrepreneur, le risque se révèle en effet pleinement « familial », dans la mesure où le conjoint peut se retrouver fortement exposé sans l'avoir anticipé. Le risque peut en effet se propager à la cellule familiale de plusieurs façons.

²³ Cass. com. 31 oct. 2007, RDC avril 2008, p. 248 obs. Y.-M. Laithier.

²⁴ Art. L. 227-13 C. com.

²⁵ Art. L. 229-11, al. 1er, C. com.

²⁶ Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-19775 (n° F-PB), SCI Vea, Bulletin Joly Sociétés, 01 octobre 2012 n° 10, p. 731, note F.-X. Lucas. V. aussi Cass. com. 18 oct. 2011, n° 10-19647.

30. On indiquera en premier lieu que lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, les biens communs sont susceptibles d'être appréhendés, et cela en vertu de l'effet réel de la procédure collective. Par ailleurs, lorsque le conjoint s'est porté caution des dettes de l'entrepreneur, il va alors également engager ses biens propres. Et, naturellement, le risque est tout aussi grand dans un tel cas lorsque les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens. La situation patrimoniale de la famille devient alors très précaire. Le conjoint, sauf à être lui-même éligible aux procédures du livre VI du code de commerce, pourrait être confronté à une procédure de traitement du surendettement des particuliers. Fort heureusement pour lui, la dette née du contrat de cautionnement, quand bien même elle a une nature professionnelle, sera prise en compte pour apprécier son état de surendettement²⁷. Et s'il vient à bénéficier d'une procédure de rétablissement personnel, la clôture de cette procédure entraînera effacement de la dette née de son engagement de caution²⁸.

31. En second lieu, et quel que soit le régime matrimonial choisi, le conjoint est encore très exposé s'il participe d'un peu trop près à l'activité. Plusieurs situations sont alors envisageables. On peut tout d'abord imaginer que les époux soient considérés comme ayant participé à une société créée de fait. Ensuite, une véritable co-exploitation pourrait être identifiée²⁹, l'activité commerciale du conjoint pouvant être exercée dans le fonds de commerce du conjoint³⁰. Enfin, il peut arriver que la procédure collective soit étendue au conjoint dans l'hypothèse d'une confusion de patrimoines³¹. Si les cas d'extension de procédure entre époux sont rares, cette situation peut parfois être observée en cas d'utilisation d'un régime séparatiste³².

32. En dernier lieu, on indiquera qu'alors même que la Cour de cassation est venue conforter les effets de la déclaration d'insaisissabilité en cas d'ouverture d'une procédure collective³³, le débiteur aurait tort d'imaginer son bien immobilier définitivement à l'abri. Si le liquidateur voit ses pouvoirs paralysés, certains créanciers pourront agir, plus précisément tous ceux auxquels la déclaration est inopposable³⁴. Le bien échappant au périmètre de la procédure collective, il doit pouvoir être appréhendé par ces créanciers et selon les voies de droit commun³⁵.

²⁷ Art. L. 330-1 C.conso.

²⁸ Art. L. 332-9, al. 2, C.conso.

²⁹ Si la jurisprudence distingue exploitation en commun et société créée de fait (cf. par exemple Cass. com., 28 juin 1983 : Bull. civ., IV, p. 167, no 192), les deux notions correspondent à des hypothèses pratiquement identiques. Il y a exploitation en commun lorsque deux personnes exercent ensemble, mais en toute indépendance, une activité commerciale ; il y a société créée de fait lorsque deux personnes se comportent en fait comme des associés, sans en avoir manifesté expressément la volonté, ce qui suppose que l'on décèle dans leurs rapports les trois éléments d'un contrat de société : apports, vocation de chacun aux bénéfices et aux pertes, et affectio societatis.

³⁰ Cass. com., 15 octobre 1991, n°89-19281, Bull. civ., IV, n° 286.

³¹ La jurisprudence distingue clairement l'exploitation en commun et la confusion de patrimoines, l'exploitation en commun ne se traduisant pas nécessairement par une confusion de patrimoines. V. très nettement, CA Versailles 13ème ch. 29 mars 1990, BJS 1990, p. 561 note Ph. Pétél.

³² V. topique, Cass. com. 15 février 2000, BJS 2000, p. 611, note Dom. Récemment, un arrêt du 2 juillet 2013 (Cass. com. 2 juillet 2013, n°12-23743, inédit) a permis d'illustrer le risque d'extension entre époux. En l'espèce, l'extension a été admise non seulement contre le mari de la débitrice, mais encore contre une société dont le mari était l'associé unique. En l'occurrence, le mari s'était impliqué dans l'activité de sa femme au point de constituer une « véritable identité d'entreprise, d'activité et de patrimoine ». Quant à la société, elle était tout à fait fictive, elle avait été immatriculée en même temps que l'épouse déclarait cesser ses paiements, elle en avait repris les chantiers et réglé les factures.

³³ V. sur ce point la contribution de Me Muriel Cadiou.

³⁴ Sur cette question, v. not. F. Pérochon, « Efficacité de la déclaration d'insaisissabilité... : oui, mais après ? » : Rev. proc. coll. n° 4, juillet-août 2013, dossier, 25, n° 14 et s.

³⁵ V. ains, T. com. Valenciennes, 16 déc. 2013, n 2013005130, BJE mai 2014, p. 153, et nos obs.

2 – Le choix de l'EIRL

33. Lorsque l'on opte pour l'EIRL le risque ne disparaît pas. Dans certaines hypothèses, les biens communs ou indivis vont en effet intégrer le patrimoine affecté et, naturellement, générer un risque pour la famille de l'entrepreneur³⁶. Au-delà, deux points particuliers nous paraissent devoir être évoqués.

34. Tout d'abord, peut-on imaginer un cautionnement des dettes nées au sein du patrimoine affecté par le patrimoine non affecté ? A priori l'hypothèse est incongrue, le cautionnement étant une opération à trois personnes quand il n'y en a ici que deux, le créancier et l'entrepreneur individuel. Mais, si l'on considère que l'essentiel réside moins dans la présence de trois personnes distinctes que dans des relations juridiques entre trois patrimoines, cette forme particulière de cautionnement est alors pleinement envisageable³⁷. Au-delà du cautionnement, notons que rien n'interdit qu'un bien figurant dans le patrimoine non affecté soit donné en garantie pour une dette née dans le patrimoine affecté.

35. Ensuite, en cas d'ouverture d'une procédure collective, le choix de l'EIRL engendre l'application de règles spécifiques³⁸. La procédure collective a vocation à s'appliquer au patrimoine affecté et si plusieurs patrimoines affectés ont été constitués, autant de procédures devront être ouvertes. Par ailleurs, si le débiteur a continué d'exercer une activité au sein du patrimoine non affecté, il peut alors faire l'objet d'une procédure collective. Dans un tel contexte, l'étanchéité patrimoniale est loin d'être assurée. Ainsi, l'article L. 526-12, al. 8, du code de commerce permet une appréhension du bénéfice de l'EIRL réalisé au titre du dernier exercice clos, en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté. Mais le véritable risque correspond aux hypothèses dans lesquelles le patrimoine non affecté va répondre des dettes nées dans le patrimoine affecté. L'article L. 621-2, al. 3, du code de commerce, relatif à l'extension de procédure, prévoit en effet « *qu'un ou plusieurs autres patrimoines du débiteur peuvent être réunis au patrimoine visé par la procédure, en cas de confusion avec celui-ci* ». Il en va de même, précise le texte, en cas de non-respect des règles relatives à l'affectation posées par l'article L. 526-6, al. 2 ; en cas d'absence d'une comptabilité autonome et de comptes bancaires exclusivement dédiés à l'activité³⁹ ; mais également en cas de fraude à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure. Il est intéressant d'observer que ces trois derniers cas sont également visés par l'article L. 526-12 du code de commerce et permettent au créancier d'agir sur tous les biens du débiteur sans avoir à se soucier de l'affectation. Il y a donc là un pont entre le livre V et le Livre VI du code de commerce. En cas de recours à l'EIRL, le risque d'extension est ainsi particulièrement élevé⁴⁰.

36. Que l'entrepreneur individuel ait fait le choix de l'EIRL ou pas, son conjoint pourra quant à lui accéder aux procédures de traitement du surendettement des particuliers, pour peu naturellement qu'il ne soit pas éligible aux procédures du Livre VI du Code de commerce. Simplement, si des dettes communes ont été prises en compte au passif de l'entrepreneur,

³⁶ V. la contribution de Me M. Cadiou.

³⁷ La dette principale se situe dans la relation entre deux patrimoines, le patrimoine affecté et celui du créancier, alors que la dette née du contrat de cautionnement se situe dans la relation entre le patrimoine non affecté et le patrimoine du créancier. Pour plus de détails sur cette figure originale, v. N. Borgia, L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles, BJE mars 2011, p. 76 et s.

³⁸ V. not. N. Borgia et G. Berthelot, L'EIRL en difficulté, entre respect et négation de l'affectation, BJE mai 2011, p. 155 et s.

³⁹ Art. L. 526-13 C. com.

⁴⁰ Par ailleurs, l'article L. 643-11, VI, C. com. prévoit désormais qu'en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif d'un EIRL, le droit de poursuite des créanciers peut, en cas de fraude, s'exercer sur le patrimoine non affecté.

elles ne pourront l'être prises au titre du traitement du surendettement du conjoint, et cela peu important que les dettes en question aient ou non un caractère professionnel⁴¹.

37. Conclure à la dangerosité de l'exercice individuel pour le patrimoine familial n'a rien de surprenant. Ce qui l'est plus, c'est d'observer que la constitution d'une société, souvent présentée comme une source de sécurité, est loin de se traduire par une disparition du risque.

B/ L'EXERCICE EN SOCIETE

38. Le risque pour le patrimoine familial subsiste au travers du dirigeant, menacé par des actions en responsabilité (1), mais également au travers de l'associé (2).

1/ Les risques liés à la qualité de dirigeant

39. Le premier des dangers pour le dirigeant est celui lié à l'application de l'article L. 651-2 du Code de commerce, relatif à la responsabilité pour faute de gestion, en cas d'insuffisance d'actifs en cas de liquidation judiciaire de la personne morale⁴². Que dire, en 2014, de ce risque financier pour le dirigeant ? Il faut sans doute conclure qu'il a perdu de son importance. D'une part, la loi de sauvegarde l'a cantonné à la liquidation judiciaire. D'autre part, elle a abrogé les dispositions complémentaires qui donnaient la faculté au tribunal de prononcer une « extension-sanction » à l'encontre du dirigeant qui n'exécutait pas volontairement sa condamnation financière⁴³. En pratique, les contrôleurs agissent peu sur ce fondement, quand bien même la loi de sauvegarde leur a offert cette possibilité aux côtés du liquidateur et du ministère public. Reste à apprécier son avenir au regard de la pratique des mesures conservatoires qui peuvent l'accompagner⁴⁴. Du point de vue de la protection du dirigeant, on remarquera, en outre, que le fait d'être condamné sur le terrain de l'insuffisance d'actif n'est pas en soi de nature à fermer au dirigeant la voie des procédures de traitement du surendettement des particuliers⁴⁵.

40. Nouveau danger, l'article L. 631-10-1, créé par la loi Pétroplus du 22 mars 2012, semble avoir introduit une action en responsabilité « ... fondée sur une faute ayant contribué à la

⁴¹ V. Cass. 2ème civ., 6 janv. 2011, n°09-72485. La Cour de cassation ne précise pas quel était le régime matrimonial des époux, mais il faudra nécessairement s'y reporter. En régime séparatiste, les créanciers du conjoint n'ont pas à déclarer leur créance et le passif du conjoint ne sera donc en principe pas incorporé. Il le sera néanmoins pour les dettes dont les époux sont codébiteurs solidaires : dettes ménagères (C. civ., art. 220) ou dettes fiscales (CGI, art. 1685). Ces dettes ne sont pas négligeables et peuvent suffire à caractériser une situation de surendettement à l'égard du conjoint. Mais cette incorporation à la procédure le priverait d'un accès aux procédures de traitement du surendettement alors même qu'il s'agira de dettes non professionnelles. En régime communautaire, les biens communs répondent des dettes de chaque époux selon l'article 1413 du code civil. Ces biens sont alors appréhendés par la procédure collective et les créanciers du conjoint in bonis doivent déclarer leur créance pour espérer participer aux répartitions. Le passif du conjoint est donc incorporé.

⁴² Selon ce texte, « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion... ».

⁴³ Anc. art. L 624-5 C.com. : « Le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui ne s'acquittent pas de cette dette ».

⁴⁴ V. infra n°41.

⁴⁵ Cass, 2ème civ., 21 janv. 2010, n° 08 - 19984. Mais la dette résultant de la condamnation correspondra assurément à une dette professionnelle qui ne pourra être prise en compte pour apprécier l'existence du surendettement.

cessation des paiements du débiteur... ». Tel n'est, à vrai dire, pas l'objet même de cet article qui autorise l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire demandeur à l'action en responsabilité pécuniaire à pratiquer « *toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait... »*. Il faut considérer, semble-t-il, que cette action en responsabilité relève de l'article 1382 du code civil.

41. Par ailleurs, le patrimoine familial pourrait être affecté par les mesures conservatoires accessoires aux actions pécuniaires du livre 6 du code de commerce.

Ces mesures, saisies ou sûretés, sont tout d'abord susceptibles de grever d'abord le patrimoine du dirigeant. Il vient d'être évoqué la mesure conservatoire « utile » autorisée au visa du nouvel article L. 631-10-1, et pratiquée à l'égard d'un dirigeant auquel est reproché une faute ayant contribué à la cessation des paiements. Il convient, surtout, d'évoquer la mesure conservatoire « utile » prévue par l'article L 651-4, al. 2, du code de commerce, mesure pouvant frapper le dirigeant d'une personne morale en liquidation judiciaire et auquel est reproché une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Il importe d'insister sur l'actionnaire et les conditions d'autorisation assez libérales de ces mesures conservatoires. Rendu au visa de l'article L. 651-4, al. 2, du code de commerce, l'arrêt Spanberg a consacré leur caractère dérogatoire au droit commun des mesures conservatoires⁴⁶. Nul besoin de démontrer une créance fondée en son principe⁴⁷, ni même un risque quant à son recouvrement, conformément aux règles du code des procédures civiles d'exécution. Seule importe l'utilité de la mesure, utilité pour la préservation de l'intérêt collectif des créanciers.

Ensuite, les mesures conservatoires utiles peuvent également être celles de droit civil ou judiciaire, telle l'apposition des scellés ou la désignation d'un séquestre. Ces mesures conservatoires sont aussi susceptibles de grever le patrimoine des tiers lorsqu'est envisagée à leur encontre une action en extension (art. L 621-2 al. 4 C. com.). En l'occurrence, les « tiers » peuvent être, soit une personne morale à caractère familial, soit une personne physique de la famille du dirigeant. Les tiers, et notamment la famille de l'entrepreneur, pourront également subir les effets d'une action en réunion des patrimoines dans le cas de l'EIRL⁴⁸.

42. Enfin, il convient de rappeler la responsabilité fiscale du dirigeant, qui sera solidairement tenu avec la personne morale en cas de manœuvres frauduleuses ou d'inobservations graves et répétées des obligations fiscales ayant rendu impossible le recouvrement de l'impôt⁴⁹. L'effet peut être dévastateur pour le dirigeant, et ce d'autant que l'action de l'administration fiscale peut se cumuler avec celle de l'article L. 651-2 du code de commerce lorsque la personne morale est en liquidation judiciaire⁵⁰.

2/ Les risques liés à la qualité d'associé

43. Pour les associés, si le risque est par nature majeur dans les sociétés à responsabilité illimitée, il ne disparaît pas quand bien même leur responsabilité serait limitée aux apports. Tout particulièrement lorsqu'il est majoritaire, l'associé doit prendre garde à ne pas adopter un comportement susceptible de lui faire revêtir les habits du dirigeant de fait. Cela pourrait notamment l'exposer à une éventuelle action en responsabilité pour insuffisance d'actif si était démontrée à son encontre une faute de gestion⁵¹. Au-delà, la jurisprudence contemporaine témoigne d'une plus grande sévérité à l'égard de l'actionnaire majoritaire,

⁴⁶ Cass. com. 31 mai 2011, n° 551, FS-P+B.

⁴⁷ La créance provenant de la condamnation du dirigeant ne naît en effet que du jugement constitutif de droit.

⁴⁸ V. supra n° 35.

⁴⁹ Article L. 267 C.P.F.

⁵⁰ Cass. com. 1997, Bull. civ. 97, IV, n° 331, p. 286.

⁵¹ Art. L. 651-2, al. 1er, C. com.

retenant sa responsabilité délictuelle sans qu'il ne soit nécessaire de le qualifier de dirigeant de fait ou de co-employeur. Certes, les hypothèses sont encore rares, et concernent pratiquement des associés personnes morales⁵². Mais une extension aux actionnaires majoritaires personnes physiques n'a rien d'impossible. Au-delà de ces cas particuliers, deux risques courus par l'associé méritent d'être évoqués : d'une part, le risque de ne pouvoir accéder à la procédure collective ; d'autre part, le risque d'être exposé aux poursuites.

44. Faire l'objet d'une procédure collective matérialise la survenance du risque, mais ne pouvoir accéder à une telle procédure constitue également un risque. De ce point de vue, tous les associés ne sont pas logés à la même enseigne. Dans la plupart des cas, l'associé n'est pas éligible aux différentes procédures du Livre VI du Code de commerce, et n'a d'autre choix que de se tourner vers les procédures de traitement du surendettement des particuliers. La Cour de cassation a ainsi très nettement indiqué que le gérant majoritaire de SARL n'est pas un professionnel indépendant au sens du Livre VI du Code de commerce alors même qu'il relève du régime des travailleurs non salariés⁵³. Ces personnes peuvent alors se retrouver dans une situation délicate puisqu'ils sont personnellement tenus s'agissant de leurs cotisations sociales, ce qui explique que l'Urssaf les ait parfois assignés en redressement ou liquidation judiciaires. Mais seules les procédures de traitement du surendettement peuvent être envisagées, et le caractère professionnel de ce type de dette fera fréquemment figure d'obstacle insurmontable à l'ouverture d'une telle procédure⁵⁴.

Une question de même nature s'est posée avec encore plus d'acuité pour les professionnels libéraux exerçant en SCP ou en SEL. S'agissant de personnes morales de droit privé, elles relèvent naturellement du Livre VI du code de commerce, mais l'on pouvait se demander si le praticien ne devait pas lui-même pouvoir bénéficier d'une procédure collective. S'il exerce une profession libérale au nom de la société, il le fait en toute indépendance. La Cour de cassation a néanmoins fermement exclu une telle solution⁵⁵, si bien qu'à une exception près, tous les associés, quel que soit le type sociétaire, ont été rejetés hors du champ d'application des procédures du Livre VI. À une exception près⁵⁶, puisque de façon extrêmement regrettable, la Cour de cassation a récemment pu considérer que la qualité de commerçant reconnue par la loi aux associés de SNC les rend éligibles aux procédures de traitement des difficultés de l'entreprise⁵⁷, cela quand bien même ils n'exercent aucune véritable activité professionnelle indépendante au sens des articles L. 620-2, L. 631-2 ou L. 640-2 du code de commerce.

45. À l'égard des poursuites auxquelles l'associé s'expose, les associés de sociétés à risque illimité sont naturellement les premiers concernés. Tel est le cas de l'associé de société civile, mais l'on sait que selon l'article 1858 du code civil, les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre les associés, débiteurs subsidiaires du

⁵² V. ainsi l'affaire Klarius, CA Versailles, 15e ch., 31 oct. 2011, RG n° 10/00578, dans laquelle l'AGS et les salariés ont fait condamner la société mère anglaise, qui avait « asphyxié » sa filiale, à lui rembourser les sommes versées au titre des licenciements et à indemniser les salariés. V. également l'affaire Quelle où un fonds allemand a été condamné à indemniser les salariés, TC Orléans, 1er juin 2012, n° 2010-11170, BJE juill.-août 2012, p. 201, n° 135, note R. Dammann et M. Boché-Robinet ; LEDEN 4 juill. 2012 n° 7, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; Gaz. Pal. 4 août 2012, n° 217, p. 1, obs. L.-C. Henry ; JCP E 2012, 1494, note A. Couret et B. Dondero.

⁵³ Cass. com. 12 nov 2008, n°07-16998, D. 2008, p. 2929, obs. A. Lienhard ; JCP E 2009, 1023, note C. Lebel ; Dr. sociétés 2009, comm. 15, note J.-P. Legros ; Bull. Joly 2009, p. 278, note P. M. Le Corre ; Defrénois 2009, 1397, obs. D. Gibirila ; Rev. sociétés 2009, p. 607, note Ph. Roussel Galle.

⁵⁴ Art. L. 330-1, al. 1er, C. conso.

⁵⁵ Cass. com. 9 février 2010, 3 arrêts, n° 08-17144, 08-15191, 08-17170, Leden mars 2010, obs. F.-X. Lucas ; BJS mai 2010, p. 489, note J.-J. Daigre.

⁵⁶ Deux exceptions en réalité, puisque les associés commandités sont exactement dans la même situation que les associés de SNC.

⁵⁷ Cass. 2ème civ. 5 déc. 2013, n°11-28092, BJS mars 2014 p. 184 note F.-X. Lucas ; Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales n° 2, Janvier 2014, repère 20, obs. N. Borga, Leden janvier 2014, obs. I. Parachkévova ; LPA 5 février 2014, n° 26, p. 9, note Q. Nemoz-Rajot.

passif social envers les tiers, qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale. Si le créancier ne peut agir lorsque la société bénéficie d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁵⁸, il retrouve une plus grande liberté d'action une fois la liquidation judiciaire ouverte. La Cour de cassation lui a en effet facilité la tâche en considérant que l'exigence de vaines poursuites est réputée satisfaite dès lors que le créancier a déclaré sa créance à la liquidation judiciaire de la société⁵⁹. La situation des créanciers d'une SNC est encore plus favorable puisque la déclaration de créance au passif de la société vaut mise en demeure de la société⁶⁰, et permettra donc d'engager les poursuites contre l'associé.

46. L'associé de société civile ou de société en nom collectif s'expose donc aux poursuites des créanciers sociaux, mais pas seulement. Dans un arrêt du 20 septembre 2011, la chambre commerciale a en effet pu indiquer que « *le liquidateur judiciaire était recevable à agir à l'encontre des associés de la SCM pour voir fixer leur contribution aux pertes sociales par la prise en compte, outre du montant de leurs apports, de celui du passif social et du produit de la réalisation des actifs* »⁶¹. Comme l'écrit François-Xavier Lucas, la cour admet ainsi « *qu'une action visant à répartir entre ces associés le poids de l'insuffisance d'actif va pouvoir être collectivisée. On voit ainsi que l'obligation aux dettes sociales qui pèse sur les associés à l'égard des créanciers n'est pas exclusive d'une action en contribution aux pertes ouverte à la société ou à son liquidateur à l'encontre des associés* »⁶². Pour parvenir à un tel résultat, le liquidateur devra veiller à ne pas agir contre les associés au titre de leur obligation aux dettes sociales⁶³, car cette action lui est fermée, mais au titre de leur obligation d'avoir à contribuer aux pertes⁶⁴.

47. *In fine*, il apparaît que si certaines idées reçues méritent d'être bousculées, le choix, au regard de la protection du patrimoine familial, d'exercer au travers d'une société à responsabilité limitée, demeure pertinent et notamment en raison des faiblesses présentées par les dispositifs destinés à protéger l'entrepreneur individuel que sont la déclaration d'insaisissabilité ou le recours à l'EIRL. L'entrepreneur devra toutefois veiller à adopter le comportement diligent et consciencieux du bon dirigeant de société faute de quoi ses prévisions pourraient être largement déjouées.

⁵⁸ Les délais consentis à la société rendent alors impossible la démonstration de son insuffisance patrimoniale (v. ainsi Cass. 3e civ., 23 février 2000, Bull. civ. III, no 43 ; RTD com. 2000, p. 681, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; RD Banc. et fin. 2000/3, n° 123, obs. F.-X. Lucas). En période d'observation, l'associé ne pourra être poursuivi qu'à la condition que le créancier démontre que la société est incapable de faire face à ses obligations.

⁵⁹ Cass. ch. mixte 18 mai 2007, n° 05-10413, BJS, 2007, p. 1176, note F. Pérochon ; D., 2007, p. 1414, obs. A. Lienhard ; JCP G, 2007, II, n° 10128, note J.-P. Legros ; Dr sociétés, 2007, comm. n° 130, note F.-X. Lucas ; Rev. sociétés, 2007, p. 620, note J.-F. Barbière ; Gaz. Pal. 21 juillet 2007, n° 202, p. 18, note P.-M. Le Corre ;

⁶⁰ Cass. com. 19 déc. 2006, n° 02-21.333, D. 2007, p. 92, obs. Lienhard ; BJS 2007, p. 472, note C. Regnaut-Moutier ; Rev. sociétés, 2006, p. 99, note J.-F. Barbière ; JCP E, 2007, p. 1450, n° 8, obs. M. Cabrillac.

⁶¹ Cass. Com. 20 sept. 2011, n°10-24888 ; BJS nov. 2011, p. 902, note F.-X. Lucas.

⁶² F.-X. Lucas, note préc.

⁶³ Art. 1857 C. civ.

⁶⁴ Art. 1832, al. 3 C. civ.