

Sociétés et dirigeants

Précision sur la responsabilité pour insuffisance d'actif du représentant légal d'une société dirigeante d'une SAS

Lorsqu'une SAS est dirigée par une personne morale qui a désigné un représentant permanent conformément aux statuts de cette société, la personne physique dirigeant cette personne morale ne peut voir sa responsabilité pour insuffisance d'actif engagée si elle n'a pas également la qualité de représentant permanent.

« Ingénierie sociétaire – 1, Responsabilité du dirigeant – 0 ». Tel pourrait être le score déduit d'une lecture un peu trop rapide de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 20 novembre 2024 (Cass. com., 20 nov. 2024, n° 23-17.842, n° 680 B). En validant l'effet protecteur de la désignation d'un représentant permanent au sein d'une société par actions simplifiée (SAS), la Haute juridiction offre, en effet, aux groupes de sociétés un mécanisme en apparence redoutablement efficace pour immuniser leurs dirigeants contre le risque de responsabilité pour insuffisance d'actif. Cette décision, qui s'inscrit dans le sillage d'un précédent arrêt du 13 décembre 2023 (Cass. com., 13 déc. 2023, n° 21-14.579, n° 801 B : BAG 182, « Comblement du passif : responsabilité du représentant légal d'une société dirigeante d'une SAS », p. 12), ne doit toutefois pas tromper le lecteur.

Dans cette affaire, une SAS ayant pour président une société de droit suisse est placée en redressement judiciaire, le 30 mars 2015, puis en liquidation judiciaire, le 2 octobre de la même année. Le liquidateur judiciaire désigné saisit le tribunal de commerce pour que la responsabilité pour insuffisance d'actif du représentant légal de la société dirigeante soit engagée et que ce dernier soit condamné à une mesure de faillite personnelle. Le 20 septembre 2021, le tribunal de commerce de Lyon condamne le représentant légal (T. com. Lyon, 20 sept. 2021, n° 2017F03088), qui interjette appel. Le 27 avril 2023, la cour d'appel de Lyon confirme les sanctions prononcées par le jugement de première instance (CA Lyon, 3^e ch. A, 27 avr. 2023, n° 21/07129). Le représentant légal forme alors un pourvoi en cassation. Le 20 novembre 2024, constatant que la cour d'appel n'a pas recherché, comme il lui incombait, si la SAS avait stipulé dans ses statuts que sa présidente avait désigné un représentant permanent, la chambre commerciale de la Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu le 27 avril 2023.

Dans sa décision, la Cour de cassation rappelle, opportunément, les règles d'articulation des dispositions permettant d'engager la responsabilité pour insuffisance d'actif de la personne physique assurant la représentation légale d'une personne morale désignée présidente d'une SAS et précise, par la même occasion, sa ligne jurisprudentielle.

Un rappel : l'articulation des dispositions applicables

La responsabilité organisée par le droit des sociétés

Le droit des sociétés prévoit, pour chaque type de société, des modalités de direction distinctes. C'est ainsi qu'une société à responsabilité limitée ne peut être gérée que par une personne physique (C. com., art. L. 223-18, al. 1^{er}) et qu'une société anonyme (SA) ne peut avoir pour président de son conseil d'administration (C. com., art. L. 225-47, al. 1^{er}), directeur général (C. com., art. L. 225-51-1, al. 1^{er}), directeur général délégué (C. com., art. L. 225-53) ou membre de son directoire (C. com., art. L. 225-59, al. 3), que des personnes physiques. A l'inverse, les sociétés civiles (C. civ., art. 1847), les sociétés en nom collectif (C. com., art. L. 221-3) et, par renvoi, les sociétés en commandite simple (C. com., art. L. 222-2) peuvent être gérées par des personnes physiques ou morales, qui assureront alors le rôle de représentant légal de la société. Des personnes morales peuvent également être membres du conseil d'administration (C. com., art. L. 225-20, al. 1^{er}) ou du conseil de surveillance (C. com., art. L. 225-76, al. 1^{er}) d'une SA, auquel cas, la personne morale ainsi désignée est tenue de nommer un représentant permanent, lequel est soumis aux mêmes conditions et obligations et encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente.

Pour les SAS, l'article L. 227-5 du code de commerce dispose, de manière lapidaire, que les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. L'article L. 227-7 du même code poursuit en affirmant que lorsqu'une personne morale est nommée président ou dirigeant d'une SAS, les dirigeants de ladite personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent. En l'absence de disposition en ce sens, la personne morale présidant une SAS n'a donc pas l'obligation de désigner un « représentant permanent » (CA Caen, 23 févr. 2017, n° 16/02556), contrairement à celle membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une SA. En pratique, c'est le représentant légal de la personne morale dirigeante qui assurera la présidence de la SAS. La Haute juridiction a pu préciser que cette absence d'obligation légale de désignation d'un représentant permanent de la personne morale dirigeante n'est pas synonyme d'une impossibilité, voire d'une interdiction de procéder à une telle nomination (pour une affirmation implicite : Cass. com., 19 janv. 2013, n° 12-16.099, n° 1115 P + B ; pour une affirmation explicite : Cass. com., 19 janv. 2022, n° 20-14.089, n° 47 D).

La responsabilité bouleversée par le droit des procédures collectives ?

Le droit des procédures collectives appréhende, quant à lui, la responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en liquidation judiciaire de manière particulièrement large. L'article L. 651-1 du code de commerce délimite ainsi le champ d'application *ratione personae* de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en l'autorisant expressément à l'égard des « dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective », ainsi que des personnes physiques « représentants permanents » de ces dirigeants personnes morales. C'est ce que rappelle logiquement, à titre liminaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation (§ 9).

Dans l'affaire ayant donné lieu à la présente décision, il était donc acquis que la personne morale dirigeante de la SAS pouvait faire l'objet d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif. En revanche, il était effectivement discutable qu'une telle action puisse être engagée contre le représentant légal de la société dirigeant la SAS, s'il n'était pas également représentant permanent. Tout dépendait des modalités d'articulation des textes :

– si l'article L. 227-7 du code de commerce devait primer, alors il serait possible d'agir en responsabilité pour insuffisance d'actif à l'encontre du représentant légal de la personne morale dirigeant la SAS. En effet, le texte affirmant que lorsqu'une personne morale est nommée président ou dirigeant d'une SAS, les dirigeants de ladite personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent, le représentant légal de la personne morale dirigeant la SAS devrait pouvoir être poursuivi pour insuffisance d'actif, comme la société qu'il dirige effectivement ;

– si l'article L. 651-1 du code de commerce, disposition spéciale, devant faire l'objet d'une interprétation restrictive, devait primer, seul le représentant permanent et non le représentant légal de la personne morale dirigeant la SAS pourrait être poursuivi au titre de l'insuffisance d'actif.

Après que l'arrêt de la cour d'appel de Lyon a été rendu, la Cour de cassation avait pu, dans une autre affaire, rendre un arrêt consacrant le principe selon lequel, « lorsqu'une SAS débitrice est dirigée par une personne morale représentée légalement par une personne physique, la faute de gestion de nature à engager la responsabilité pour insuffisance d'actif de ce dirigeant peut être caractérisée indifféremment à l'égard de celui-ci ou à l'égard de son représentant légal » et qu'« il résulte de la combinaison des articles L. 227-7, L. 651-1 et L. 651-2 du code de commerce que, lorsque la personne morale mise en liquidation judiciaire est une SAS dirigée de fait par une personne morale, la responsabilité pour insuffisance d'actif, prévue par le troisième texte précité, est encourue non seulement par cette personne morale, mais aussi par le représentant légal de cette dernière, en l'absence d'obligation légale ou statutaire de désigner un représentant permanent de la personne morale dirigeant au sein d'une SAS » (Cass. com. 13 déc. 2023, n° 21-14.579, préc. – cette solution rendue au sujet d'une direction de fait valant assurément a fortiori en cas de direction de droit...). Primauté donc à l'article L. 227-7 du code de commerce !

Sur le fond, cette solution se justifie pleinement et a logiquement emporté l'approbation d'une majorité de la doctrine. Comme le relève le Professeur Duchesne, « Les articles L. 651-1 et L. 227-7 du code de commerce partagent le même objectif : éviter que la désignation d'une personne morale dirigeante soit un masque destiné à éluder les responsabilités des personnes physiques » (T. Duchesne, D. actu., 12 janv. 2024, obs. sous Cass. com., 13 déc. 2023, n° 21-14.579). Sur la forme, en se référant à « l'absence d'obligation légale ou statutaire de désigner un représentant permanent de la personne morale dirigeant au sein d'une SAS », la Cour de cassation laissait en suspens une importante question : quid lorsque les statuts de la SAS prévoient que la personne morale désignée président a l'obligation de désigner un représentant permanent mais que cette obligation n'a pas été respectée et qu'aucun représentant permanent n'est désigné ? Situation délicate car, d'une part, le dirigeant ne pourrait être tenu pour responsable en raison de l'existence d'une obligation statutaire de nomination d'un représentant permanent mais, d'autre part, il ne serait pas non plus possible d'engager la responsabilité d'un représentant permanent, n'ayant par hypothèse pas été désigné.

Une précision : la responsabilité du représentant permanent désigné

Un raisonnement *a priori* binaire

C'est dans ce contexte que l'arrêt du 20 novembre 2024 révèle tout son intérêt. Conservant l'esprit de la solution retenue le 13 décembre 2023 mais en retravaillant la lettre, la chambre commerciale affirme que : « Lorsqu'une [SAS] est dirigée par une personne morale qui a désigné un représentant permanent conformément aux statuts de cette société, la personne physique dirigeant cette personne morale ne peut voir sa responsabilité pour insuffisance d'actif engagée si elle n'a pas également la qualité de représentant permanent » (§ 10).

Du strict point de vue de la logique juridique, la solution mérite approbation. La Haute juridiction relève justement, qu'au titre des règles générales du droit des sociétés, les dispositions de l'article L. 225-20 du code de commerce ne s'appliquent qu'aux SA et pas aux SAS. La responsabilité des dirigeants d'une SAS n'est régie que par l'article L. 227-7 du code de commerce, dont les dispositions doivent logiquement être écartées dès lors qu'un représentant permanent aura été régulièrement nommé et qu'il assumera, seul, « en toute indépendance une activité positive de gestion et direction de la société débitrice » (Cass. com., 9 juin 2022, n° 19-24.026, n° 376 D). Il incombe, dès lors, aux juridictions du fond de porter une attention particulière à l'effectivité de la désignation d'un représentant permanent afin de pouvoir procéder à la répartition des responsabilités.

L'arrêt rendu le 20 novembre 2024 par la Cour de cassation clarifie opportunément la situation selon un raisonnement *a priori* binaire. Lorsqu'une personne morale est désignée président d'une SAS :

– soit un représentant permanent est effectivement désigné et la responsabilité pour insuffisance d'actif de ce dernier pourra être engagée (la faute de gestion pouvant être recherchée indifféremment à l'égard de la personne morale dirigeante ou à l'égard de son représentant permanent : Cass. com., 8 janv. 2020, n° 18-15.027, n° 11 P + B) ;

– soit aucun représentant n'est effectivement désigné (que les statuts aient ou non prévu une telle désignation), auquel cas c'est la personne physique qui assure la représentation légale de la personne morale présidant la SAS qui pourra voir sa responsabilité engagée pour insuffisance d'actif.

Une solution à portée limitée

Une telle solution ne peut qu'encourager les personnes physiques assurant la représentation de personnes morales nommées présidentes de SAS à prendre des mesures afin de limiter leur responsabilité : soit procéder à une modification statutaire afin de consacrer l'obligation de désigner un représentant permanent personne physique pour assurer cette fonction de direction, soit, si les statuts contiennent déjà une telle clause, régulariser la situation en s'assurant qu'un tel représentant permanent a effectivement été nommé. Au regard du caractère limitatif qui s'attache aux mentions devant et pouvant figurer au RCS (C. com., art. R. 123-54, 2°, a, R. 123-66 et R. 123-84, caractère limitatif notamment confirmé par : Cass. com., 15 nov. 1994, n° 93-10.193), le représentant permanent d'une SAS n'a pas vocation, en raison de son seul titre, à être mentionné. Il a toutefois été soutenu, à juste titre, qu'il devrait y être inscrit s'il dispose du pouvoir de diriger, gérer ou engager à titre habituel la SAS vis-à-vis des tiers, pouvoir à entendre d'un pouvoir général et non d'une délégation « spéciale » ou « fonctionnelle » comme limitée à l'accomplissement d'actes ou de catégories d'actes déterminés (ex-CCRCS, 15 févr. 2015, avis n° 2015-14). Sa déclaration devrait alors être effectuée « en qualité de délégataire d'un tel pouvoir dans une rubrique du formulaire distincte de celle dans laquelle est désignée la personne morale, investie du mandat de représentation légal ».

Au lendemain de cet arrêt, la répartition des responsabilités entre représentant permanent et représentant légal demeure malgré tout équilibrée car, même en cas de désignation d'un représentant permanent, l'immunité dont semble bénéficier le représentant légal personne physique est en réalité doublement limitée.

Limitée, tout d'abord, parce que le représentant légal ne pourra pas se soustraire à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en cas d'abus ou de fraude. En cas d'abus, car si le représentant permanent ne se révèle être qu'un « homme de paille », la personne physique assurant la représentation légale de la personne morale pourrait être qualifiée de dirigeant de fait afin d'entrer dans le giron de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (C. com., art. L. 651-2). En cas de fraude, car dans l'hypothèse où la désignation d'un représentant permanent ne vise qu'à soustraire le représentant légal à sa responsabilité, la nomination de ce dernier peut être rendue inopposable à l'action en responsabilité, permettant ainsi de poursuivre le représentant légal (T. Duchesne, *ibid*).

Limitée, ensuite, parce que la solution, rendue au visa des seuls articles L. 651-1 et L. 651-2 du code de commerce, ne vaut que pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et non pas pour les autres actions en responsabilité fondées sur le droit commun ou les textes propres au droit des sociétés (v. en ce sens : Cass. com., 28 mars 2000, n° 97-11.533, n° 807 P).

➤ Cass. com., 20 nov. 2024, n° 23-17.842, n° 680 B

Adrien Bezert,
Agrégé des facultés de droit,
professeur à l'Université de Bourgogne Europe