

Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



ISABELLE RIASSETTO
Maître de conférences



Faculté de droit de Strasbourg

SARL et SELARL – Conjoint collaborateur – Droits des créanciers de l'entreprise – Loi du 1^{er} août 2005 et décret d'application du 1^{er} août 2006 – Statut du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale

*D. n° 2006-966, 1^{er} août 2006, Journal Officiel 3 Août 2006 ;
JCP 2006 éd N, n° 35, act. 527.*

L'article L. 121-4 du Code de commerce prévoyait que le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale pouvait y exercer son activité professionnelle en qualité de conjoint collaborateur, de conjoint salarié ou de conjoint associé. Toutefois, le choix d'un de ces statuts était facultatif : le plus souvent, à défaut de choix et d'adhésion aux assurances sociales volontaires, le conjoint, qualifié de collaborateur de fait, ne disposait d'aucun droit propre, notamment en matière d'assurance vieillesse et invalidité-décès.

Le statut du conjoint du chef d'entreprise a été profondément modifié par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME¹, complétée par le décret d'application n° 2006-966 du 1^{er} août 2006. Le conjoint qui exerce dans l'entreprise artisanale, commerciale ou libérale une activité professionnelle de manière régulière est désormais tenu d'opter pour l'un des trois statuts : collaborateur, salarié ou associé. Les modifications principales portent sur le statut de collaborateur.

Jusqu'alors réservé au conjoint de l'exploitant individuel, le statut de collaborateur peut être choisi par le

conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une société à responsabilité limitée ou d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée répondant à des conditions de seuils fixées par le décret du 1^{er} août 2006² :

– l'option est ouverte dès lors que l'effectif n'excède pas vingt salariés ;

– lorsque, sur une période de vingt-quatre mois consécutifs, l'effectif salarié dépasse le seuil de vingt salariés, le chef d'entreprise doit, dans les deux mois, demander la radiation de la mention du conjoint collaborateur (D., art. 4 et art. 5-3°).

Au-delà de ce seuil, le conjoint collaborant à l'activité du chef d'entreprise ne pourra qu'être salarié ou associé.

Il convient d'observer que le non-respect de l'obligation d'option n'est pas sanctionné.

A. Champ d'application et publicité

Le décret du 1^{er} août 2006 donne une définition unique du conjoint collaborateur, "*conjoint d'un chef d'une entreprise commerciale, artisanale ou libérale, qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du Code civil*" (D. n° 2006-966, art. 1^{er}). L'article 46, I de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, qui définit le statut des conjoints de professionnels libéraux, est abrogé ; sont présumés ne pas exercer dans l'entreprise une activité professionnelle de manière régulière "*les conjoints qui exercent à l'extérieur de l'entreprise une activité salariée d'une durée au moins égale à la moi-*

1. S. Castagné, Le conjoint du chef d'entreprise après la loi du 2 août 2005 en faveur des PME : JCP N 2005, 1498 ; Delfosse et Peniguel, Dr. et patr. oct. 2005, suppl., p. 5 ; H. Lécuyer, Dr. sociétés 2005, Chron. n° 12 ; B.

Saintourens, RTD com. 2005, p. 701 ; J. Monnet, Dr. sociétés 2005, n° 222.

2. Le statut du conjoint collaborateur est réservé aux petites sociétés qui n'ont pas les moyens financiers de proposer au conjoint un statut de salarié.

tié de la durée légale du travail, ou une activité non salariée" (D. n° 2006-966, art. 2). Ne sont pas assimilés aux conjoints les concubins ni les personnes liées par un PACS.

La loi du 2 août 2005 précise que le choix effectué par le conjoint du gérant associé majoritaire de bénéficier du statut de conjoint collaborateur doit être porté à la connaissance des associés lors de la première assemblée générale suivant la mention de ce statut auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise (C. com., art. L. 121-4, II).

Les partenaires et créanciers de l'entreprise sont informés de ce statut par une publicité faite à l'initiative du chef d'entreprise au Centre de formalités des entreprises, au Répertoire des métiers ou au Registre du commerce et des sociétés (D. n° 2006-966, art 5 à 9).

B. Affiliation obligatoire à un régime d'assurance vieillesse

Avant la réforme du 2 août 2005, le conjoint collaborateur n'était pas tenu d'être affilié à un régime d'assurance vieillesse : il pouvait adhérer volontairement à l'assurance vieillesse des travailleurs non salariés, qu'il soit conjoint d'artisan, de commerçant ou de professionnel libéral.

Faute d'avoir adhéré aux assurances sociales volontaires, le conjoint collaborateur ne bénéficiait d'aucun droit propre, en matière d'assurance vieillesse et décès-invalidité.

Désormais, l'adhésion personnelle à un régime d'assurance vieillesse du conjoint collaborateur et du conjoint associé est obligatoire, avec une faculté de rachat de certaines périodes d'activité (L. 2 août 2005, art. 15). Les modalités de calcul de ces cotisations sont précisées par le décret du 1^{er} août 2006.

C. Relations du conjoint collaborateur avec les créanciers de l'entreprise

Jusqu'alors, le conjoint collaborateur pouvait se prévaloir à l'égard des tiers du mandat de l'article L. 121-6 du Code de commerce, qui portait sur les seuls actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise, actes réputés accomplis au nom du chef d'entreprise : seul ce dernier était engagé, mais il cessait de l'être en cas de dépassement du mandat.

La loi du 2 août 2005 formule expressément le principe de non-engagement du conjoint collaborateur, en l'étendant aux actes de gestion, et sans référence au mandat : *"dans les rapports avec les tiers, les actes de gestion et d'administration accomplis pour les besoins de l'entreprise par le conjoint collaborateur sont réputés l'être pour le compte du chef d'entreprise et n'entraînent à la charge du conjoint collaborateur aucune obligation personnelle"*. (C. com. art. 121-7).

Cette disposition nouvelle, qui s'applique quel que soit le régime matrimonial des époux, met le conjoint collaborateur à l'abri de poursuites engagées notamment par

les créanciers de l'entreprise soumise à une procédure collective. Le conjoint collaborateur du gérant d'une SARL ou SELARL étant réputé agir pour le compte du dirigeant en cette qualité de gérant, c'est la société qui est ainsi engagée et non le chef d'entreprise à titre personnel. Jusqu'à présent, la protection du conjoint collaborateur passait par un report des effets des actes accomplis sur la tête de l'époux entrepreneur individuel ; désormais, l'application combinée des articles 121-4 et 121-7 du Code de commerce conduit à étendre cette protection aux deux époux : le conjoint collaborateur du gérant a le pouvoir légal d'engager directement la société de famille par des actes de gestion et d'administration, les époux n'étant pas liés personnellement par ces actes accomplis pour les besoins de l'entreprise.

Les actes de disposition conclus par le conjoint collaborateur pour les besoins de l'exploitation ne rentrent pas dans ce dispositif : le conjoint collaborateur est personnellement lié par ces actes, sous réserve d'un mandat express ou tacite conféré par le dirigeant et porté à la connaissance du cocontractant. La distinction entre les actes de gestion, d'administration et de disposition n'étant pas des plus limpides, les partenaires d'une SARL ou SELARL qui traitent avec le conjoint collaborateur du gérant de la société doivent mesurer au cas par cas la portée de l'opération conclue, en demandant le cas échéant un engagement personnel de l'époux collaborateur, de son conjoint dirigeant, ou de la société.

Les dispositions de l'article L. 121-7 ne jouent qu'à l'égard des tiers et non à l'égard du chef d'entreprise, qui peut exercer des poursuites sur les biens de son conjoint dès lors que l'acte n'a pas été accompli dans les limites du mandat implicite de l'article L. 121-6.

Le conjoint qui a opté pour un statut d'associé ou de salarié ne peut bénéficier du principe de non-engagement personnel de l'article L. 121-7 du Code de commerce.

Cette nouvelle entorse à la force obligatoire du contrat opacifie davantage la délimitation du patrimoine engagé par un époux dans un cadre professionnel à l'égard des tiers.

Le patrimoine familial d'époux exerçant leur activité à titre individuel est protégé par de nombreuses dispositions qui limitent le droit de poursuite des créanciers (insaisissabilité du domicile familial³, conséquences patrimoniales d'un éventuel divorce entre époux⁴, limitation des poursuites aux seuls biens professionnels⁵...). Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque l'activité professionnelle est exercée sous forme sociale. La loi du 2 août 2005 introduit toutefois une brèche dans l'écran de la personnalité morale, en étendant le mécanisme de protection des biens de l'époux collaborateur d'une entreprise individuelle à la situation de petites sociétés de famille.

Il n'est pas surprenant que cette disparité des modes de protection du patrimoine des époux incite les créanciers de l'entreprise à exiger des garanties portant sur la totalité du patrimoine familial⁶.

M.S.

3. art. L 526-1 à L 526-4 C. com. (L. 1^{er} août 2003, art. 8).

4. art. 1387-1 C. civ. (L. 2 août 2005).

5. art. L 313-21 C. mon. fi.

6. V. C. d'Hoir-Laurétre, Le patrimoine de l'entrepreneur individuel :

outil de crédit ou de discrédit ? Droit et patrimoine avril 2006, p. 30 ; B. Fages, Théorie du patrimoine et droit des affaires, Droit et patrimoine janv. 2005, p. 73.

Procédure collective transfrontalière – Société commerciale de droit algérien, ayant plusieurs établissements en France dont un établissement principal situé à Puteaux – Détermination du lieu d’ouverture de la procédure collective – Application des règles de compétence territoriale interne (droit français) – Application de la règle de compétence prévue à l’alinéa 1 de l’article 1 du premier décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 (oui) – Compétence du juge français en raison de la localisation en France du centre principal des intérêts de la société (oui) – Le centre principal des intérêts de la société est situé en France parce que l’établissement principal de la société a été immatriculé en France – Le juge français, qui s’est déclaré compétent, doit appliquer le principe d’universalité prévu par le droit français – Les effets de la liquidation doivent s’étendre, en principe, à tous les biens, quelle que soit leur localisation (avec des limites).

Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, 21 mars 2006 n° 04-17869, EURL Khalifa Airways et autre c/ SCP Bercherte-Thierry ès qualités. Cette décision a déjà été commentée par Dominique Bureau dans le Bulletin Joly Sociétés, juillet 2006 p.930 et s. § 185, par Jean Pierre Legros dans la Semaine Juridique éd.E, 6 juil.2006 p.1227 sous le n°2072, par Alain Lienhardt dans le recueil Dalloz affaire, n°13 2006 p.914 et L.C.Henry dans la revue Dalloz 2006 p.1466.

La société Khalifa a fait l’objet de deux jugements ouvrant chacun une procédure collective de liquidation, l’un rendu par un juge français (Nanterre 10 juillet 2003), l’autre rendu par un juge algérien (24 mai 2004, Cheraga). La chambre commerciale de la Cour de cassation française a considéré que le juge français pouvait prononcer l’ouverture d’une procédure collective parce que la société avait le centre principal de ses intérêts situé en France. La localisation de ce centre résulte d’une immatriculation de l’établissement principal de la société en France. Une fois que le juge français s’est déclaré compétent il doit appliquer le principe de l’universalité. En conséquence, les effets de la procédure collective ouverte s’étendent, en principe, à tous les biens de la société même ceux situés à l’étranger. Un jugement algérien de liquidation postérieur au jugement français de liquidation ne saurait faire obstacle à la poursuite de la procédure. Mais, le jugement français ne pourra produire ses effets à l’étranger que sous réserve des traités internationaux ou d’actes communautaires et dans la mesure de l’acceptation de l’ordre juridique algérien.

Le droit international s’adapte difficilement aux nouvelles

formes d’organisation des entreprises en réseaux internationaux. L’arrêt du 21 mars 2006 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation est une illustration des compromis jurisprudentiels qui ne satisfont guère aux exigences de sécurité qui doivent inspirer les règles internationales applicables aux entreprises en faillite.

La société Khalifa Airways, entreprise de transport aérien, avait été immatriculée en Algérie, mais en raison de la localisation de certaines de ses activités, elle avait fait aussi l’objet d’une immatriculation en France, à Puteaux, lieu de son principal établissement. Elle possédait aussi un établissement à Marseille. Des créanciers avaient sollicité et obtenus l’ouverture d’une procédure de liquidation des juges du tribunal de commerce de Nanterre, le 10 juillet 2003. Cette décision avait été contestée par le liquidateur désigné par le juge algérien (jugement algérien d’ouverture de la liquidation, de Cheraga du 24 mai 2004). Selon le liquidateur algérien, le juge français devait se déclarer incompétent parce que la société Khalifa Airways était immatriculée en Algérie, avait son siège social en Algérie, et était de droit algérien. En se déclarant compétent, le juge français aurait violé l’article 2 de la Charte des Nations unies, un accord franco-algérien du 3 juillet 1962, mettant en œuvre les Accords d’Évian et les principes du droit international public. Le liquidateur algérien complète ses premiers arguments en évoquant les créanciers algériens ou étrangers, placés en raison d’une ouverture d’une liquidation judiciaire en France dans une situation inégalitaire inacceptable au regard de celle des créanciers situés en France. Éloignés du lieu de déroulement de la procédure, ils auraient été victimes d’atteintes à des droits protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme (articles 6 et 14). La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 21 mars 2006, approuve la cour d’appel de Versailles qui dans leur arrêt du 29 avril 2004, a rejeté l’exception d’incompétence au profit des juridictions algériennes. En effet, selon les magistrats de la haute juridiction, *“le tribunal territorialement compétent pour connaître de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise ou, à défaut, de siège en territoire français, le centre principal de ses intérêts en France; qu’en ayant relevé que la société avait un établissement situé en France, la cour d’appel en a exactement déduit que les juridictions françaises était compétentes”*. L’arrêt de la Cour de cassation acquiesce encore en considérant que le principe de l’universalité des effets de liquidation judiciaire était valablement retenu par les magistrats de la cour d’appel même si *“sous réserve des traités internationaux et communautaires et dans la mesure de l’acceptation par les ordres juridiques internationaux”*.

En se déclarant compétent en raison de la localisation du centre principal d’intérêt de la société en France (1°) et rappelant le principe de l’universalité de la faillite (2°), la Cour de cassation s’inscrit dans la continuité de la jurisprudence française, mais est-ce bien satisfaisant pour la cohérence et la sécurité nécessaire à l’efficacité du droit des procédures collectives ?

- **1° Pourquoi le juge français s'est-il déclaré compétent ?**

La compétence du juge français reconnue en raison de la localisation de son centre principal de ses intérêts en France ne surprend guère. Cette règle est inscrite dans le premier décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 et reprise depuis, sans modification, dans la nouvelle législation des procédures collectives en France (loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises et en particulier article 1^{er} du décret du 28 décembre 2005). La Cour de cassation a interprétation souple de cette notion puisqu'il suffit pour les juges de constater que la société possède plusieurs établissements en France, voire même seulement des implantations plus réduites. C'est ainsi qu'un arrêt a considéré qu'une société immatriculée dans l'île de Man pouvait avoir le centre principal de ses intérêts en France parce qu'elle avait conclu un contrat de crédit bail concernant des locaux sis en France (Cass.com., 26 oct.1999, Bull.Joly Sociétés, §78 note M.Menjuq). Au vu d'une telle élasticité jurisprudentielle, il n'est pas surprenant de voir retenu la localisation de plusieurs établissements en France comme critère de compétence. Cela avait déjà été le cas dans un arrêt rendu le 11 avril 1995 par la chambre commerciale qui considérait que la notion de principal établissement (selon les termes employés par l'ancienne rédaction de l'article 1 du décret du 27 déc.1985) pouvait être comprise comme le principal de ses établissements secondaires situés en France (Cass.com., 11 avril 1995, JCP 1995, 3871, obs. Ph. Pétel).

Cette jurisprudence flexible a pu inciter certains auteurs à considérer qu'il suffisait que la société ait *"une implantation matérielle concrétisée par l'exploitation d'une unité économique stable pour qu'il soit possible d'ouvrir une procédure collective en France"* (v. H.Muir Watt, "La réalisation de l'actif en cas de procédures parallèles de faillite : les pouvoirs du syndic étranger de la procédure principale à l'épreuve du droit français des effets des jugements", Droit et pratique du Commerce International 1994, p.541, spec. p. 542, note 3).

Le législateur communautaire n'a pas une perception aussi pragmatique du critère de compétence. En droit communautaire, c'est le critère de localisation est le lieu du siège statutaire qui doit être retenu, et cela jusqu'à preuve contraire (règlement communautaire n°1346/200 du 29 mai 2000, art.3.1 ; pour une application récente v. CJCE, 2 mai 2006, D.2006, p.1286, obs. A.Liendhard). Ce critère, plus formel a le mérite d'une sécurité plus grande. Il limite les risques d'ouverture de plusieurs procédures d'insolvabilité concurrentes dans plusieurs pays. Le

droit communautaire a néanmoins assoupli ce critère de compétence en raison du lieu d'immatriculation, en offrant la possibilité d'engager une procédure principale devant une juridiction d'un état membre mais aussi des procédures secondaires dans d'autres pays.(art.29 du règlement du 29 mai 2000). La complémentarité des procédures secondaires à la procédure principale évite une situation juridique conflictuelle telle qu'elle est apparue dans l'affaire Kahlifa Airways, objet de l'arrêt du 21 mars 2006. Ce conflit de compétences s'est malheureusement doublé d'un délicat débat sur les effets de la liquidation prononcée par le juge français.

- **2° Quelle est l'efficacité de l'affirmation du principe de l'universalité ?**

La jurisprudence française de la Cour de cassation est fixée sur le sujet : les effets de la faillite prononcés par le juge français sont universels. Cela signifie très simplement que tout le patrimoine de la société a vocation à être appréhendé par la procédure quelle que soit sa localisation dans le monde (v. par ex.Cass.civ.1°, 19 nov.2002, Banque Worms : Bull.Joly Sociétés 2003, p. 276, § 59 note E. Garaud). Mais le tempérament apporté simultanément par la même jurisprudence rend difficile une mise en œuvre de ce principe. Il faut limiter ses effets en tenant compte *"des traités internationaux ou des actes communautaires (non applicables à l'espèce) et dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers"*. Il ne s'agit donc pas d'une universalité absolue. Cette formule est reprise par l'arrêt Khalifa Airways. Or, il est probable que les autorités algériennes seront peu enclines à admettre les effets sur leur territoire d'une procédure de liquidation concernant une société de droit algérien ayant son siège social en Algérie. La force de l'universalité de la liquidation ordonnée en France peinera à s'imposer en Algérie. Bien évidemment, l'obstacle aurait été moins rude si la société avait été immatriculée en France et donc, de droit français et si elle avait eu seulement des établissements secondaires en Algérie. Mais plus loin encore, est-ce que le juge n'aurait pas dû s'inspirer des solutions plus fonctionnelles du droit communautaire ?

En présence, de deux procédures concurrentes pourquoi ne pas avoir tout simplement reconnu à la procédure algérienne la possibilité d'appréhender le patrimoine situé en Algérie ? Une sorte de procédure secondaire telle que le prévoit droit communautaire (inapplicable bien sûr à l'espèce). Une territorialité plus efficace plutôt qu'une universalité illusoire ! ■

Q.U.