



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° W2415111	
Décision attaquée : 13 mars 2024 de la cour d'appel de Colmar	

Mme [F] [V] C/ M. [K] [O] _____	
rapporteur : Guillaume Maigret	RAPPORT

Décision attaquée	Colmar, 13 mars 2024 (1 ^{ère} chambre civile, section A), date de signification ignorée
Pourvoi	Formé le 13 mai 2024 par Mme [F] [V]
Mémoire ampliatif	Déposé le 13 septembre 2024 (date limite de dépôt le 13 septembre 2024), signifié en l'étude le 19 septembre 2024 à M. [O], et signifié à la Société Luso, personne morale, le 2 octobre 2024

La procédure semble régulière.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le 6 août 2019, Mme [V] et M. [O] ont constitué une société à responsabilité limitée, la société Luso, dont chacun d'eux dispose de la moitié du capital social.

Le conjoint de Mme [V], M. [D], était employé de la société et bénéficiait d'un contrat de travail à durée indéterminée à plein temps.

Les relations entre les associés se sont envenimées, du fait que l'époux de Mme [V], employé de la société Luso, a fait l'objet d'un licenciement le 9 mars 2022 par la société Luso, licenciement dont il conteste le bien fondé devant le conseil des prud'hommes.

Au courant du mois d'avril 2022, Mme [V] a manifesté sa volonté de céder ses parts sociales et M. [O] a informé cette dernière de sa volonté d'acquérir ses parts sociales, mais sans que cela ne soit suivi d'effet.

Affirmant avoir découvert que M. [O] se serait alloué depuis le 1^{er} janvier 2020 des rétributions importantes, non autorisées pour sa fonction de gérant, pour un total de 139 527,02 euros, Mme [V] a, le 30 septembre 2022, assigné M. [O] et la société Luso devant le juge des référés, pour obtenir sa condamnation à rembourser à la société cette somme.

Par une ordonnance du 8 février 2023, le juge des référés a fait droit à ses demandes.

Sur l'appel formé par M. [O] et la société Luso, la cour d'appel a, par un arrêt du 13 mars 2024, infirmé en toutes ses dispositions l'ordonnance du 8 février 2023 du juge des référés.

Il s'agit de l'arrêt attaqué.

2 - Examen des moyens

Suivant un premier moyen, divisé en sept branches, Mme [F] [V] fait grief à l'arrêt infirmatif de constater l'existence d'une contestation réelle et sérieuse et de dire n'y avoir lieu à référé, rejetant dès lors les demandes de Mme [V] tendant notamment à la condamnation de M. [O] à rembourser certaines sommes à la société Luso.

1° / La première branche reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article L. 223-22 du code de commerce et l'article 835 alinéa 2 du code de procédure civile, en retenant que l'exercice de l'action *ut singuli* par un associé est subordonnée à la démonstration de l'existence d'un possible préjudice subi, aussi bien par la société que par l'actionnaire, quand une telle action n'est soumise qu'à la démonstration d'un préjudice subi par la société .

2° / La deuxième branche reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article L. 223-18 du code de commerce, ensemble l'article 835, alinéa 2 du code de procédure, statuant par des motifs inopérants pour déterminer si la rémunération du gérant était induue, en retenant que la demande de Mme [V] supposait de trancher une contestation sérieuse, aux motifs que M. [O] faisait vivre par son travail la société et que l'intégralité de sa rémunération non-autorisée ne pouvait causer en soi un préjudice à la société, quand la rémunération du

gérant d'une société à responsabilité limitée est déterminée soit par les statuts, soit par une décision collective des associés, en l'absence desquels aucune rémunération ne peut lui être allouée.

3° / La troisième branche reproche à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 223-21 du code de commerce, ensemble l'article 835 alinéa 2 du code de procédure civile, en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si l'existence du compte courant débiteur de M. [O] n'était pas constitutive d'un préjudice pour la société, susceptible de fonder l'action *ut singuli* de l'associée, quand Mme [V] le faisait valoir dans ses conclusions (p. 13, §§ 5 et s.) et que, selon l'article L. 223-21 du code de commerce, à peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement.

4° / La quatrième branche reproche à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 223-22 du code de commerce, ensemble l'article 835 alinéa 2 du code de procédure civile, en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le paiement par la société Luso des cotisations sur les salaires au titre du régime « assimilé salarié » à hauteur de 63 023,67 euros - la rémunération de M. [O] entrant dans l'assiette des cotisations sur les salaires au titre du régime « assimilé salarié » -, ne constituait pas un préjudice pour la société, susceptible de fonder l'action *ut singuli* de l'associée.

5° / La cinquième branche, subsidiaire, reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article 12 du code de procédure civile, en retenant, pour écarter les demandes de Mme [V], que M. [O] faisait vivre par son travail la société et que l'intégralité de sa rémunération non-autorisée ne pouvait causer en soi un préjudice à la société, sans préciser le fondement juridique de sa décision .

6° / La sixième branche reproche à la cour d'appel de s'être contredite en violation de l'article 455 du code de procédure civile, en retenant qu'il n'était pas soutenu que la société ferait appel à du personnel salarié (arrêt, p. 9, § 2) , cependant que cette circonstance relative à l'embauche d'un salarié ressortait de ses propres motifs, d'après lesquels le conjoint de Mme [V], M. [D], était employé de la société et bénéficiait d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein jusqu'en mars 2022 (arrêt, p. 2, §§ 3 et 4).

7° / La septième branche reproche à la cour d'appel d'avoir dénaturé le bilan de la société Luso, en violation de l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis , en retenant, pour écarter l'existence d'un préjudice, que la situation de la société était florissante et que l'expert-comptable a provisionné 90 000 euros au titre du risque lié à l'irrégularité des rémunérations (arrêt, p. 9, § 4), alors que le bilan de la société faisait apparaître que la provision en question était une provision pour litiges, inscrite en lien avec le risque lié à la procédure intentée par M. [D], salarié licencié par M. [O] (Prod. n° 4, p. 5).

Suivant un second moyen, divisé en trois branches, Mme [F] [V] fait grief à l'arrêt infirmatif de constater l'existence d'une contestation réelle et sérieuse et de dire n'y avoir lieu à référé, rejetant dès lors les demandes de Mme [V] tendant notamment à l'interdiction de verser au gérant une rémunération avant une autorisation préalable de l'assemblée générale et à la communication de diverses pièces.

1° / La première branche du moyen reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article 455 du code de procédure civile, ensemble l'article 954, alinéa 6, du code de procédure civile, en infirmant l'ordonnance ayant fait droit à la demande de Mme [V], tendant à obtenir copie des documents sociaux de la part du gérant sur le fondement de l'article L. 223-26 du code de commerce, sans motiver sa décision sur ce point.

2° / La deuxième branche du moyen reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article 835 alinéa 1 du code de procédure civile, en décidant de rejeter les demandes de Mme [V] tendant à la communication de pièces et à l'interdiction de verser au gérant une rémunération sans autorisation préalable de l'assemblée générale, au motif qu'il existait une contestation sérieuse portant sur la recevabilité de l'action *ut singuli* de Mme [V] et plus précisément sur l'existence d'un préjudice subi par la société elle-même, cependant que le président du tribunal judiciaire peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

3° / La troisième branche, subsidiaire, reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article 835 alinéa 1 du code de procédure civile, ensemble l'article L. 238-1 du code de commerce, en décidant de rejeter la demande de Mme [V] tendant à la communication de pièces, au motif qu'il existait une contestation sérieuse portant sur la recevabilité de l'action *ut singuli* de Mme [V] et plus précisément sur l'existence d'un préjudice subi par la société elle-même, tandis qu'une contestation sérieuse ne faisait pas obstacle à cette demande, le recours devant le président du tribunal tendant à l'exercice du droit de communication de l'associé étant une action personnelle de ce dernier qui ne suppose pas la démonstration d'un préjudice social.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

En cas d'exercice de l'action sociale *ut singuli* en référé par un associé contre le gérant d'une société à responsabilité limitée, lorsque le gérant s'est versé une rémunération, alors que celle-ci n'était déterminée ni par les statuts ni par une décision collective des associés, est-ce que l'obligation de réparation du préjudice qui en résulte pour la société est sérieusement contestable ? (1^{er} moyen pris en sa deuxième branche)

Est-ce qu'en présence d'une contestation sérieuse, le juge des référés peut prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ? (2^{ème} moyen pris en sa deuxième branche)

4 - Propositions de rejets non spécialement motivés

4-1 Sur le premier moyen

4-1-1 Sur la première branche

Le moyen en sa première branche est inopérant, en ce qu'il critique un motif surabondant.

En effet, si c'est à tort que l'arrêt énonce que l'exercice de l'action "*ut singuli*" par un associé est subordonné à la démonstration de l'existence d'un possible préjudice subi, aussi bien par la société que par l'associé, l'exercice de cette action n'étant subordonnée qu'à la démonstration de l'existence d'un préjudice subi par la société seulement, comme

l'énonce l'alinéa 3 de l'article L. 223-22 du code de commerce, et le rappelle la jurisprudence (Crim., 16 décembre 2009, [n° 08-88.305, Bull. crim. 2009, n° 218](#) ; Com., 9 décembre, 2014, [n° 13-25.504](#)), **la critique de la première branche du moyen est inopérante, dès lors que la cour d'appel a retenu qu'en l'espèce, il existe une contestation réelle et sérieuse portant notamment sur l'existence d'un préjudice subi par la société.**

4-1-2 Sur la cinquième branche

Le moyen n'est manifestement pas fondé.

En effet, **la cour d'appel**, statuant sur l'appel formé par M. [O] et la société Luso à l'encontre de l'ordonnance du juge des référés, ayant condamné M. [O] à payer à cette société une provision de 139 527,02 euros au titre de rémunérations indûment perçues sur le fondement de l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile, lequel prévoit que dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut accorder une provision au créancier, **devait déterminer si l'obligation en cause se heurtait ou non à une contestation sérieuse.**

Or, c'est à cet examen que s'est livrée la cour d'appel, en retenant qu'il existait une contestation réelle et sérieuse, portant sur la recevabilité de l'action "ut singuli" de Mme [V], et plus particulièrement, sur l'existence d'un préjudice subi par la société, dès lors qu'il ne peut en l'état être admis dans un même temps, d'une part, que M. [O] fasse vivre par son travail la société (ce qui génère son chiffre d'affaires et un bénéfice), et d'autre part, que l'intégralité de sa rémunération non-autorisée causerait en soi un préjudice à la société, **de sorte qu'il ne peut être prétendu que les motifs qu'elle a retenus sont manifestement extérieurs à la prise en compte d'une quelconque règle de droit.**

4-1-3 Sur la sixième branche

Le moyen, en sa sixième branche, est inopérant en ce qu'il critique des motifs surabondants.

En effet, si la cour d'appel a statué comme elle a fait, c'est en raison du fait qu'elle a retenu que l'existence du préjudice subi par la société allégué par Mme [V] était sérieusement contestable, dès lors qu'il ne pouvait en l'état être admis dans un même temps, d'une part, que M. [O] faisait vivre par son travail la société, ce qui générerait son chiffre d'affaires et un bénéfice, et d'autre part, que l'intégralité de sa rémunération non-autorisée causerait en soi un préjudice à la société.

4-1-4 Sur la septième branche

En premier lieu, le moyen, qui manque en partie en fait, n'est manifestement pas fondé.

En effet, contrairement à ce que soutient le moyen, **il ne résulte pas clairement de la lecture du bilan produit aux débats que la provision pour litiges de 90 000 euros (page 5 du bilan) était liée à la procédure intentée par M. [D]**. L'annexe du bilan n'apporte à ce titre aucune précision.

Par suite, cette provision pour litiges pouvant donnant lieu à interprétation, **c'est souverainement que la cour d'appel a retenu qu'elle avait été passée en raison de l'existence du risque lié à l'irrégularité des rémunérations.**

En second lieu, et en tout état de cause, portant sur un motif surabondant, le moyen est inopérant.

En effet, comme il a été indiqué plus haut, la cour d'appel s'est déterminée, en retenant que l'existence du préjudice subi par la société allégué par Mme [V] était sérieusement contestable, dès lors qu'il ne pouvait en l'état être admis dans un même temps, d'une part, que M. [O] faisait vivre par son travail la société, ce qui générerait son chiffre d'affaires et un bénéfice, et d'autre part, que l'intégralité de sa rémunération non-autorisée causerait en soi un préjudice à la société.

4-2 Sur le second moyen

4-2-1 Sur la première branche

La première branche, qui manque en fait, n'est manifestement pas fondée.

En effet, c'est parce qu'elle a retenu qu'il existait une contestation réelle et sérieuse, portant sur la recevabilité de l'action "ut singuli" de Mme [V], et plus sur l'existence d'un préjudice subi, non seulement par la société, mais également par elle-même, c'est-à-dire par Mme [V] en sa qualité d'associée, que la cour d'appel en a déduit que seule une décision au fond est de nature à trancher cette question et que toutes les demandes principales et incidentes soutenues en appel par Mme [V], dont celle tendant à obtenir copie des documents sociaux de la part du gérant sur le fondement de l'article L. 223-26 du code de commerce, doivent être rejetées.

4-2-2 Sur la troisième branche

Le moyen, en sa troisième branche, qui manque en partie en fait n'est manifestement pas fondé, en ce que la cour d'appel a retenu qu'il existait une contestation réelle et sérieuse, portant sur la recevabilité de l'action "ut singuli" de Mme [V], et plus sur l'existence d'un préjudice subi, non seulement par la société, mais également par elle-même, c'est-à-dire par Mme [V] en sa qualité d'associée.

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

L'arrêt :

D'une part, **après avoir rappelé** que l'article 1843-5 du code civil, alinéa 1er, dispose qu'« outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société ; en cas de condamnation, les dommages-intérêts sont alloués à la société », **l'arrêt énonce** que l'exercice de l'action *ut singuli* par un associé est subordonné à la démonstration de l'existence d'un possible préjudice subi, aussi bien par la société que par l'actionnaire, découlant d'un comportement fautif du gérant dans la gestion de la société.

D'autre part, **après avoir relevé,**

- en premier lieu, qu'il est important de rappeler et de tenir compte du contexte particulier du dossier, et plus particulièrement du fait que c'est l'activité de M. [O] qui fait vivre la société Luso et que Mme [V] ne conteste, ni le fait que c'est M. [O] qui fait vivre la société en exerçant les fonctions de barman et de serveur, ni les allégations de ce dernier selon lesquelles il travaille 12 heures par jour et notamment du 22 h à 4h du matin, y compris les

fins de semaine, et ne soutient pas davantage que la société ferait appel à du personnel salarié, **pour en déduire** que sans l'investissement quotidien de M. [O], la société n'aurait pas d'activité et serait vouée à disparaître,

- en deuxième lieu, qu'à la lecture des pièces comptables versées aux débats par Mme [V], la situation financière de la société est florissante pour avoir présenté au 30 septembre 2021 un chiffre d'affaires de 192 194 euros, un résultat d'exploitation de 105 424 euros et un résultat net de 14 1614 euros, précision faite que l'expert-comptable a provisionné 90 000 euros au titre du risque lié à l'irrégularité des rémunérations du gérant ;

- en troisième lieu, que la rémunération litigieuse perçue par M. [O] , a été matérialisée par des bulletins de paie, et que ces rémunérations ont été déclarées aussi bien à l'administration fiscale qu'à l'URSSAF, des charges et des impôts y afférents ayant été réglés par M. [O] ,

l'arrêt retient , que dans ces conditions, il existe une contestation réelle et sérieuse , portant sur la recevabilité de l'action "ut singuli" de Mme [V], et plus sur l'existence d'un préjudice subi par la société et elle-même, dès lors qu'il ne peut en l'état être admis dans un même temps, d'une part, que M. [O] fasse vivre par son travail la société (ce qui génère son chiffre d'affaires et un bénéfice), et d'autre part, que l'intégralité de sa rémunération non-autorisée causerait en soi un préjudice à la société,

pour en déduire que seule une décision au fond est de nature à trancher cette question et que la décision sera dès lors infirmée en son intégralité, toutes les demandes principales et incidentes soutenues en appel par Mme [V] devant être rejetées.

5-1 Sur le premier moyen

5-1-1 Sur la deuxième branche

Le moyen, en sa deuxième branche, reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article L. 223-18 du code de commerce, ensemble l'article 835, alinéa 2 du code de procédure civile, en statuant par des motifs inopérants pour déterminer si la rémunération du gérant était induue, en retenant que la demande de Mme [V] supposait de trancher une contestation sérieuse, aux motifs que M. [O] faisait vivre par son travail la société et que l'intégralité de sa rémunération non-autorisée ne pouvait causer en soi un préjudice à la société, quand la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée est déterminée soit par les statuts, soit par une décision collective des associés, en l'absence desquels aucune rémunération ne peut lui être allouée.

Les textes applicables :

- L'article L. 223-18 du code de commerce [1](#) ;
- L'article L. 223-22 du code de commerce :

« Les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.

Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent, soit individuellement, soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués.

Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action.

Aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat.

- L'article 835 du code de procédure civile :

« Le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ils peuvent accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire . »

- L'article 873 du code de procédure civile ² :

« Le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire. »

Observations :

- *Sur la notion d'obligation non sérieusement contestable :*

La Cour de cassation exerce son contrôle sur l'existence d'une obligation non sérieusement contestable (Ass. Plén., 16 novembre 2001, [n° 99-20.114](#) ; Civ. 3e, 4 mars 2014, [n° 13-10.024](#) ; Com., 25 novembre 2020, [n° 18-26.219](#)) .

Le rédacteur du jurisclassueur ³ observe que l'octroi d'une provision suppose le constat par le juge de ce que la demande repose sur une obligation non sérieusement contestable (Civ. 3e, 9 mars 2011, [n° 10-11.011](#) ; Civ. 2e, 21 mars 2019, [n° 18-15.540](#)), et que cette condition intervient à un double titre : elle ne peut être ordonnée que si l'obligation sur laquelle elle repose n'est pas sérieusement contestable et ne peut l'être qu'à hauteur du montant non sérieusement contestable de cette obligation (Civ. 3e, 5 octobre 2010, [n° 09-70.147](#) ; Civ. 2e, 6 janvier 2011, [n° 09-72.526](#)), qui peut d'ailleurs correspondre à la totalité de l'obligation.

La nature de l'obligation sur laquelle est fondée la demande de provision est indifférente, elle peut être quasi-délictuelle, contractuelle (Com., 20 janvier 1981, [n° 79-13.050](#) , Bull. civ. IV, n° 40 ; Civ. 2e, 10 juillet 1978, [n° 77-11.897](#), [Bull. civ., II, n° 187](#) ;

Civ. 3e, 19 février 2003, [n° 01-16.991](#), [Bull. civ. III, n° 44](#)) ou **délictuelle** (Civ. 2e, 5 mars 1980, Bull. civ. II, n° 49).

- *Sur l'action sociale ut singuli* :

L'action sociale tend à obtenir la réparation préjudice subi par la société du fait des fautes de ses dirigeants. Elle peut être exercée *ut universi*, c'est-à-dire par la société elle-même, ou *ut singuli*, c'est-à-dire par un associé (cf. Art. L. 223-22, al. 3, du code de commerce).

Ainsi, **au travers de l'action sociale ut singuli**, l'associé dispose d'un droit propre de présenter une demande en réparation au profit de la société (Crim., 12 décembre 2000, [n° 97-83.470](#), [Bull. crim. 2000, n° 372](#) ; Crim., 16 décembre 2009, [n° 08-88.305](#), [Bull. crim. 2009, n° 218](#) ; Com., 14 décembre 2004, [n° 04-13.059](#), [Bull. 2004, IV, n° 229](#)) .

L'associé, habilité à agir en réparation contre un dirigeant sur le fondement de l'action sociale *ut singuli*, peut solliciter une mesure conservatoire contre ce dernier, à condition d'agir au nom de la société (Civ. 2e, 14 septembre 2006, [n° 05-16.266](#), [Bull. 2006, II, n° 228](#)).

Par ailleurs, l'actionnaire trouve dans les pouvoirs qui lui sont attribués par l'article L. 225-252 du code de commerce en vue de poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, qualité pour demander au juge de l'exécution, pour le compte de la personne morale, d'assortir d'une astreinte une décision exécutoire ayant accueilli l'action sociale en responsabilité exercée *ut singuli* (Com., 7 juillet 2009, [n° 08-15.835](#), [Bull. 2009, IV, n° 106](#)) .

En revanche, l'action qui tend à s'opposer au prononcé de la liquidation des biens d'une société n'entre pas dans la catégorie de celles qui peuvent être exercées par les actionnaires au titre de l'action sociale et seuls les dirigeants sociaux ont qualité pour agir (Com., 6 décembre 1977, [n° 76-11.061](#), [Bull. civ., IV, n° 291](#)) .

L'action sociale *ut singuli* ne peut non plus avoir pour objet l'annulation d'une délibération de l'assemblée générale ou du conseil d'administration (Com., 16 octobre 1972, [n° 70-13.691](#), [Bull., IV, n° 251](#)).

- *Sur la rémunération du gérant* :

Notre chambre juge qu'il résulte de l'article L. 223-18 du code de commerce que la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée est déterminée soit par les statuts, soit par une décision de la collectivité des associés . Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui rejette la demande en paiement des sommes prélevées au titre de sa rémunération par le gérant d'une société à responsabilité limitée au motif que les seuls associés de cette société sont le gérant et son épouse et qu'il est sans intérêt de s'attacher à déterminer si les prélèvements critiqués ont été ou non autorisés par une assemblée générale (Com., 25 septembre 2012, [n° 11-22.754](#), [Bull. 2012, IV, n° 171](#)) .

Un commentateur ⁴ de cet arrêt relevait que « **la leçon est claire** : peu important la qualité du gérant, majoritaire ou égalitaire, peu important la situation juridique de la SARL, classique ou de famille, peu important encore que le gérant soit l'unique associé du groupement, **la fixation unilatérale de sa rémunération est illicite dès lors que le formalisme propre aux décisions collectives n'est pas respecté** . A défaut de

prévisions statutaires, le passage en assemblée pour la fixation de la rémunération du gérant de SARL devient clairement une obligation incontournable
.

Un autre auteur ⁵ observait que les motifs retenus par la cour d'appel, et censurés par la Cour de cassation, conduisaient « à nier, à la fois **le caractère d'ordre public du régime de la société à responsabilité limitée** et la portée même de la personnalité juridique de celle-ci, laquelle perdure après cession de la totalité du capital. De sorte que rien ne s'opposait à ce que le cessionnaire de l'intégralité des parts sociales, et la société, contestent les prélèvements opérés par l'ancien gérant cédant, au titre de sa rémunération afférente au dernier exercice, d'importantes sommes, sans autorisation de l'assemblée. **Ce défaut d'autorisation rendait légitime la prétention à la restitution de ces sommes.** Etant entendu que, même couverte par une délibération valable en la forme, demeurerait la possibilité d'attaquer la décision sur le terrain de l'abus de majorité. »

Cette jurisprudence a été confirmée depuis lors.

Ainsi, aucune rémunération n'est due au gérant en l'absence de décision collective alors même que les statuts précisent que la gérance est rémunérée (Com., 15 mars 2017, [n° 14-17.873](#) ; Com., 12 décembre 2018, [n° 16-25.849](#)), et le juge ne peut se substituer aux organes compétents pour fixer la rémunération du gérant (Com., 31 mars 2009, [n° 08-11.860](#)).

Viola l'article L. 223-18 du code de commerce, en ne tirant pas les conséquences légales de ses constatations, une cour d'appel qui, alors qu'elle avait constaté qu'il résultait des statuts de cette société que la rémunération du gérant était déterminée par décision collective des associés et que les sommes en litige n'avaient pas été autorisées par une telle décision, rejette la demande de condamnation du gérant à rembourser à la société une somme indûment prélevée à titre de rémunération ainsi qu'une somme indûment supportée par cette dernière au titre des charges sociales y afférentes, **en statuant par des motifs inopérants tirés de ce que le gérant était l'associé unique de la société et était de bonne foi** (Com., 29 novembre 2023, [n° 22-18.957](#)) .

En revanche, notre chambre a admis que la rémunération du gérant d'une SARL puisse être approuvée par une décision collective des associés postérieure à sa perception par le gérant (Com., 9 janvier 2019, [n° 17-18.864](#)) , et que la détermination de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procédant pas d'une convention, le gérant peut, s'il est associé, prendre part au vote (Com., 4 mai 2010, [n° 09-13.205](#), [Bull. 2010, IV, n° 84](#)) .

Selon le **MA** , les motifs retenus par la cour d'appel, selon lesquels le travail de M. [W] avait permis la survie de la société et sa rémunération était matérialisée par des bulletins de paie sont impropres à exclure la faute résultant de ce qu'il se versait une rémunération illicite, obtenue en l'absence de stipulations expresses des statuts ou d'une décision des associés. Cette illicéité était patente de sorte qu'aucune contestation sérieuse ne pouvait être opposée sur ce point aux demandes de Mme [V].

5-1-2 Sur la troisième branche

Le moyen, en sa troisième branche, reproche à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 223-21 du code de commerce, ensemble l'article 835 alinéa 2 du code de procédure civile, en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si

l'existence du compte courant débiteur de M. [O] n'était pas constitutive d'un préjudice pour la société, susceptible de fonder l'action *ut singuli* de l'associée, quand Mme [V] le faisait valoir dans ses conclusions (p. 13, §§ 5 et s.) et que, selon l'article L. 223-21 du code de commerce, à peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement.

Texte applicable :

Article L. 223-21 du code de commerce :

« A peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique aux représentants légaux des personnes morales associées.

L'interdiction s'applique également aux conjoint, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa précédent ainsi qu'à toute personne interposée.

Toutefois, si la société exploite un établissement financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales. »

Observations :

Le **MA** soutient, à l'appui de cette troisième branche du moyen, que la cour d'appel n'a pas recherché, comme il le lui était pourtant demandé (conclusions d'appel p. 13), si l'existence d'un compte courant débiteur, prohibé par l'article L. 223-21 du code de commerce, n'était pas de nature à caractériser une faute supplémentaire, également de nature à engager la responsabilité du gérant.

Il observe que la faute était manifeste dans la mesure où l'existence d'un compte courant débiteur était avérée, de sorte que le litige soumis au juge des référés ne supposait pas de trancher une contestation sérieuse.

Dans ses conclusions d'appel (page 13, § 5 et suivants), Mme [V] faisait valoir que :

- « *M. [O] s'est versé une rémunération depuis décembre 2019 sans autorisation de la collectivité des associés, en méconnaissance de l'article 11 des statuts, de sorte que le compte courant d'associé du gérant est débiteur de 76 603 € au 30 septembre 2021 ;*
- *L'existence d'un compte courant d'associé débiteur est strictement prohibée, en particulier par l'article L. 223-21 du code de commerce ;*
- *Cette situation irrégulière résultant de la perception d'une rémunération non autorisée cause un grave préjudice à la société Luso, et ce alors même que M. [O] aurait travaillé en tant que barman et serveur comme il le prétend » ;*

pour en déduire que « *c'est donc à juste titre que le premier juge a retenu que "la perception par un gérant d'une rémunération non autorisée par les statuts ou une décision des associés cause indiscutablement un préjudice tant aux associés, dont la vocation aux dividendes est réduit du montant de la charge indue que constitue la rémunération, qu'à la société qui effectue de la sorte des paiements non causés" » .*

Notre chambre a jugé que **la nullité fondée sur les dispositions de l'article 51 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 223-21 du code de commerce, est une nullité absolue** qui, soulevée par voie d'exception pendant le délai de la prescription trentenaire, est recevable nonobstant l'exécution du contrat de prêt (Com., 25 avril 2006, n° 0512734).

Par ailleurs, le gérant peut se rendre coupable du délit d'abus de biens sociaux s'il prélève des sommes sans autorisation (CA Paris, 27 février 1990 : Dr. sociétés 1991, comm. 22, obs. J.-H. Robert), et commet ce délit le gérant d'une SARL dont le compte courant personnel est resté débiteur (Crim., 31 mai 2006, [n°05-86.635](#)).

5-1-3 Sur la quatrième branche

Le moyen, en sa quatrième branche, reproche à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 223-22 du code de commerce, ensemble l'article 835 alinéa 2 du code de procédure civile, en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le paiement par la société Luso des cotisations sur les salaires au titre du régime « assimilé salarié » à hauteur de 63 023,67 euros, la rémunération de M. [O] entrant dans l'assiette des cotisations sur les salaires au titre du régime « assimilé salarié », ne constituait pas un préjudice pour la société, susceptible de fonder l'action *ut singuli* de l'associée.

Au soutien de cette quatrième branche, le **MA** fait valoir que les juges d'appel n'ont pas plus apprécié si la rémunération de M. [O] avait entraîné un préjudice pour la société en ce que son versement avait supposé le paiement de cotisations sociales d'un montant de 63 023,67 euros, alors que Mme [V] soutenait en appel que la société Luso a été contrainte de régler la somme de 63 023,67 euros de cotisations sociales au titre de cette rémunération induite (conclusions d'appel, p. 12 §1 et §2).

Il a été jugé qu'en l'absence de décision collective ou d'accord des associés en ce sens, une SARL n'a pas à prendre en charge les cotisations sociales d'un gérant ou à lui verser une rémunération (CA Paris, pôle 5, ch. 8, 2 juin 2020, n° 18/23074) ⁶ .

Un commentateur ⁷ observait que cette décision, « *qui impose une décision collective ou l'accord des associés, nous paraît plus conforme aux solutions rendues par la Cour de cassation en matière de rémunération du gérant. En effet, cette dernière estime que, dans le silence des textes, cette rémunération est déterminée soit par les statuts, soit par une décision collective des associés (Cass. com. 25-9-2012 n° 11-22.754 : RJDA 12/12 n° 1087). Or le paiement par la société de cotisations personnelles au gérant peut être considéré comme un avantage en nature, donc une forme de rémunération qui devrait être soumise à autorisation de l'assemblée.* »

5-2 Sur le second moyen pris en sa deuxième branche

La deuxième branche du moyen reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article 835 alinéa 1 du code de procédure civile ⁸ , en décidant de rejeter les demandes de Mme [V] tendant à la communication de pièces et à l'interdiction de verser au gérant une rémunération sans autorisation préalable de l'assemblée générale, au motif qu'il existait une contestation sérieuse portant sur la recevabilité de l'action *ut singuli* de Mme [V] et plus précisément sur l'existence d'un préjudice subi par la société elle-même, cependant que le président du tribunal judiciaire peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé

les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

A l'appui de cette deuxième branche, le **MA** soutient qu'il serait objecté en vain que la cour d'appel aurait répondu à ce moyen en jugeant qu'il existe une contestation réelle et sérieuse, portant sur la recevabilité de l'action « ut singuli » de Mme [F] [V] et plus précisément sur l'existence d'un préjudice subi par la société et elle-même, dès lors que l'article 835 alinéa 1^{er} du code de procédure civile, qui fondait les demandes de Mme [V] tendant à la communication de pièces et à l'interdiction de verser au gérant une rémunération sans autorisation préalable de l'assemblée générale, n'est pas neutralisé par l'existence d'une contestation sérieuse.

Il est de jurisprudence constante qu'une contestation sérieuse sur le fond du droit n'interdit pas au juge des référés de prendre les mesures prévues à l'article 809, alinéa 1^{er} (aujourd'hui l'article 835, alinéa 1^{er}) pour faire cesser un trouble manifestement illicite (Civ. 2^e, 21 avril 1982, [n° 81-11.165, Bull. civ., II, n° 61](#) ; Civ. 2^e, 7 juin 2007, [n° 07-10.601, Bull. 2007, II, n° 146](#)).

Si l'existence d'une contestation sérieuse n'interdit pas au juge des référés de prendre les mesures prévues par l'art. 809, alinéa 1^{er}, le juge doit apprécier le caractère manifestement illicite du trouble invoqué. C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain qu'une cour d'appel a, en l'absence de trouble manifestement illicite, estimé qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner la mesure sollicitée (Civ. 2^e, 21 juillet 1986, [n° 84-15.397, Bull. civ., II, n° 119](#)).

La constatation de l'existence d'une contestation sérieuse sur le fond du droit est insuffisante pour justifier le refus du juge des référés de prendre les mesures prévues par l'art. 809, alinéa 1^{er} du code de procédure civile (Civ. 2^e, 25 février 1987, [n° 85-16.493](#), Bull. civ., II, n° 55).

C'est au vu de ces éléments qu'il appartiendra à la chambre de se prononcer sur les mérites du pourvoi.

¹ L'article L. 223-18 du code de commerce, visé par le moyen, n'est pas reproduit en ce qu'il ne prévoit aucune disposition spécifique sur la rémunération du gérant, mais il est visé par les arrêts de notre chambre sur cette question (voir la jurisprudence citée après).

² Si le moyen vise spécifiquement l'article 835 du code de procédure civile, qui figure dans un titre consacré aux dispositions particulières au tribunal judiciaire, il sera relevé que l'ordonnance de référé, infirmée par la cour d'appel, a été rendue par le Président de la chambre commerciale du tribunal judiciaire de Strasbourg statuant en référé, étant rappelé que l'article 39 de l'annexe du code de procédure civile relative à son application dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle prévoit que « **le président de la chambre commerciale statue en référé et sur requête conformément aux articles 872, 873 et 875 du code de procédure civile.** »

³ Jurisclasseur Procédure civile, Fasc. 1200-95 : Référé - Conditions générales des pouvoirs du juge des référés. - Fonctions du juge des référés. - §41

⁴ A. Lecourt, Revue des sociétés 2013, p. 224 .

⁵ A. Lienhard, Recueil Dalloz 2012, p. 2302.

⁶ Cité par le Jurisclasseur commercial, fasc. 1218 : SARL - Gérants - Statut, pouvoirs et responsabilité, § 21 à § 23.

⁷ BRDA 2020, n° 15-16, p. 3 .

⁸ Cf. Article 873, alinéa 1er, du code de procédure civile et nos observations à la note de bas de page n° 2.