

N° 465950

M. F...

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 16 juin 2023

Lecture du 5 juillet 2023

CONCLUSIONS

M. Jean-François de MONTGOLFIER, Rapporteur public

Les Dr G..., M... et F..., médecins radiothérapeutes, étaient associés, avec deux autres médecins et deux sociétés de droit luxembourgeois au sein d'une SELARL dénommée Centre privée de radiothérapie de METZ (CPRM). Le Dr F..., en raison des parts qu'il détenait directement et via sa société luxembourgeoise, en était associé majoritaire. Cette société détenait aussi 75 % de la société U2R implantée à Clermont Ferrand et qui exerce la radiothérapie dans plusieurs établissements dans le centre de la France.

L'activité fructueuse et lucrative de la société CPRM n'a pas empêché la dégradation des relations entre les associés. Les Dr G... et M... ont été révoqués de leurs fonctions de co-gérant de CPRM et ils ont porté plainte contre le Dr F... pour atteinte à la confraternité, manquement à l'indépendance de la profession médicale et exercice d'activités incompatibles entre elles. En première instance, la chambre disciplinaire du grand Est de l'ordre des médecins a retenu trois fautes disciplinaires : le fait d'exercer dans deux sociétés d'exercice différentes¹, le fait d'avoir abdicqué son indépendance et, enfin, le fait d'être gérant **de fait** de la société U2R. Pour ces griefs, elle lui a infligé la sanction d'interdiction d'exercer la médecine pour trois mois dont deux avec sursis.

Statuant en appel le 30 mai 2022, la CDN OM n'a retenu que le troisième de ces griefs. Elle a estimé que le Dr F... était gérant de fait de la société U2R où il n'exerce pas la médecine, ce qui méconnaît les exigences de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1990 sur les sociétés d'exercice libérales, aux termes duquel : « *Les gérants (...) doivent être des associés exerçant leur profession au sein de la société* ». La CDN en a déduit qu'il avait ainsi manqué à l'obligation de probité et contribué à déconsidérer la profession. Elle a toutefois maintenu la même sanction que celle prononcée par le premier juge.

M. F... se pourvoit en cassation et il formule un moyen d'insuffisance de motivation et un moyen d'erreur de droit.

*Commençons par ce dernier : selon le pourvoi, l'article 12 de la loi du 31 décembre 1990 n'est applicable qu'aux gérants de droit et l'interdiction qu'il prévoit ne saurait être étendue aux gérants de fait. Il se prévaut de jurisprudences de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui juge, pour l'application de certaines dispositions du code de commerce, que la formule « le gérant » ou « le dirigeant » ne saurait être appliquée au gérant de fait.

¹ En méconnaissance de l'article R. 4113-3 du CSP.

Pour l'application du code de commerce, l'affirmation selon laquelle, à moins qu'il ne précise expressément qu'il s'applique au gérant « *de droit ou de fait* », un article de loi qui vise « le gérant » doit être interprété comme applicable seulement au gérant de droit nous paraît une affirmation exacte – en tout cas, nous n'avons pas trouvé d'exception.

Cela s'explique en particulier parce que le code de commerce s'emploie à distinguer expressément, d'une part, les règles de fonctionnement des sociétés ainsi que les règles qui protègent les gérants contre l'engagement de leur responsabilité pour les actes accomplis dans le cadre de leur mandat social, lesquelles s'appliquent au seul gérant de droit, et, d'autre part, les règles sur les sanctions qu'encourent les dirigeants, qu'il s'agisse de sanctions pénales en matière de fonctionnement des sociétés ou de sanctions financières en cas de procédure collective, auquel il n'est pas fait obstacle du seul fait que le gérant ne disposait pas d'un mandat régulier et qui s'appliquent par suite aussi aux gérants de fait².

Ainsi, les règles qui prévoient un délai de prescription abrégé pour l'engagement de la responsabilité civile des dirigeants pour leurs actes de gestion ne s'appliquent qu'aux gérants de fait qu'il s'agisse des SARL³ ou des sociétés anonymes⁴. Les dirigeants de fait voient, quant à eux, leur responsabilité engagée dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire notamment dans le cadre de la prescription quinquennale du code civil. La condition que leur responsabilité ne puisse être engagée que pour les actes détachables de leur mandat social n'est pas applicable aux gérants de fait puisque, par hypothèse, ils ne disposaient pas d'un tel mandat.

Ce cadre d'analyse reprend à peu près la règle, prévue par l'article L. 123-8 du code de commerce, qui dispose que celui qui fait des actes de commerce sans être immatriculé au RCS (le commerçant de fait) ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant mais ne peut échapper aux responsabilités qui s'attachent à cette qualité.

Il s'agit d'une logique de droit privé qui n'a pas pour objet d'interdire les gestions de fait mais d'en tirer les conséquences notamment en matière de responsabilité. Une telle logique n'a pas sa place dans la loi du 31 décembre 1990, loi de régulation, qui vise à concilier l'exercice en société d'une profession réglementée avec les exigences, en particulier déontologiques, qui s'attache à l'exercice de ces professions. L'article 12 de la loi du 31 décembre 1990 entend ainsi imposer que la société soit dirigée par les professionnels qui exercent en son sein. Ce n'est pas une loi civile, c'est une loi de police. S'il faut trouver une source d'inspiration dans la jurisprudence judiciaire sur la question de son application au gérants de fait, il nous semble plus pertinent de se tourner vers la jurisprudence pénale qui reconnaît applicables aux gérants de fait, des règles répressives qui ne le prévoient pas expressément. Tel est le cas notamment pour les conditions d'engagement de la responsabilité des personnes morales (Crim. 11 juillet 2017, *Sté Ausrta*, 16-86092) ou pour des infractions visant spécialement certaines fonctions dirigeantes dans l'entreprises (pour des règles en matière d'hygiène et de sécurité au travail : Crim., 10 mars 1998, pourvoi n° 96-83.049, Bull.)

Précisons, au-delà de ces arguments juridiques, que l'exigence posée par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1990 selon laquelle le gérant doit être un associé qui exerce au sein de la société se trouverait privée de toute effectivité si elle pouvait être contournée par le recours à un gérant de paille.

² Pour les premières : article L. 241-9 du code de commerce ; pour les secondes, articles L. 651-2 du code de commerce pour l'insuffisance d'actif ou l'article L. 654-1 pour la banqueroute

³ Article L. 223-23 : Com., 21 mars 1995, pourvoi n°93-13.721 ; Com., 14 février 2018, pourvoi n°15-24.146.

⁴ Article L.225-254 : Com., 30 mars 2010, pourvoi n°08-17.841, Bull. 2010, IV, n°69 ; v° Com., 12 avril 2016, pourvoi n° 14-12.894.

* **Le second moyen critique**, comme insuffisante, la motivation par laquelle la CDN a jugé que M. F... était gérant de fait. La motivation de la CDN est en réalité solidement motivée ce qui pourrait suffire pour que vous rejetiez le moyen. Celui-ci tend en réalité, au-delà de la seule question de la motivation, à dénoncer une forme d'erreur de droit à ne pas avoir repris, dans la motivation, les constatations qui, selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, sont nécessaires pour que le juge du fond constate la gestion de fait.

La chambre commerciale exige ainsi du juge du fond qu'il constate la réunion de deux conditions : l'immixtion dans la gestion de la société et le caractère souverain et indépendant des actes de gestion accomplis. Et le pourvoi de citer une abondante jurisprudence qui sanctionne, au titre de l'insuffisance de motivation ou du défaut de base légale, le fait, pour un juge du fond ne pas n'avoir relevé que ces critères sont réunis.

Vous n'exigez pas un pareil exercice de figures imposées dans la motivation des juges mais cela ne vous empêche pas de recourir régulièrement à la notion de gérant de fait que vous appréciez selon une technique du faisceau d'indices dont vous avez posé le cadre il y plus de cinquante ans. Le gérant de fait est celui qui exerce un contrôle « *effectif et constant sur la marche de la société* » (15 mai 1968, Sieur X, 72556 T, ou 21 janvier 1972, Sieur C, 83879, T). Le caractère habituel et non isolé de l'exercice des pouvoirs de gestion est pour vous essentiel (18 juillet 1973, Sieur X, 90059, A) de même que le « *contrôle précis et continu sur l'ensemble des activités de la société* » (8 décembre 1976, Sieur X, 99856). Votre jurisprudence est constante et vous avez encore tout récemment fait usage de cette technique du faisceau d'indices : 3 février 2023, *Sté Garovito Construcoes DLA*, n°456212, T).

En jugeant notamment que la gérance de fait était en l'espèce attestée : « *par la pluralité et l'échelonnement dans le temps d'actes et de décisions produites aux débats, qu'il s'agisse d'opérations juridiques, bancaires et financières, comptables, administratives et matérielles ou encore de gestion de personnel allant jusqu'à une révocation* », la CDN s'est inscrite dans la ligne de votre jurisprudence et le moyen doit également être écarté qu'il soit regardé comme un moyen d'insuffisance de motivation ou d'erreur de droit.

* Si vous rejetez le pourvoi, il vous restera une petite question à traiter : par une décision du 27 septembre dernier⁵ votre 4^{ème} chambre a, sur le fondement de l'article R. 821-5 du CJA, ordonné qu'il soit sursis à l'exécution de la décision de la CDN. La suspension avait commencé à courir le 1^{er} septembre et il reste donc trois jours de suspension que M. F... doit encore exécuter.

Sur ce point, votre jurisprudence a été fixée par deux décisions de votre Section du contentieux du 26 janvier 1996, *GG...* (167966) et *C...* (165305). Il en résulte qu'il appartient au juge du fond de fixer la date de l'exécution de la sanction qu'il prononce ou qui a été prononcée en première instance s'il rejette l'appel. En revanche un tel pouvoir n'entre pas dans l'office du juge de cassation, juge d'une décision mais non d'un litige. Lorsque le pourvoi en cassation a eu un effet suspensif, le rejet du pourvoi ne fait pas revivre de plein droit la suspension. Vous jugez qu'il appartient à l'instance ordinaire de fixer de sa propre initiative une nouvelle période d'exécution (16 décembre 2005, *P...*, n°267342, B ; 31 mai 2006, *S...*, n°281656, 281657, A et T). Vous avez même précisé que l'instance ordinaire doit préalablement respecter le contradictoire avec l'intéressé avant de fixer la nouvelle date d'exécution (18 février 2010, *M. N...*, n°325910, T)

Ces décisions ont été rendues alors que l'effet suspensif résultait d'une loi d'amnistie mais comme l'indiquait le président Schwartz dans les conclusions sur les arrêts de Section du

⁵ JRCE, 27 septembre 2022, *M. F...*, 466521, C

16 janvier 1996, il n'y a aucune raison que la même solution ne soit pas retenue lorsque la suspension résulte d'une décision juridictionnelle.

Vous pourriez toutefois vous demander un instant si le principe de bonne administration de la justice ne devrait pas vous autoriser à faire un écart à cette règle pour fixer vous-même, directement, la date d'exécution de trois petits jours de suspension restant.

Après un peu d'hésitation, il nous semble toutefois qu'il s'agirait certes d'un petit écart, mais à une grande règle : celle de l'incompatibilité entre l'office du juge d'exécution (juge de plein contentieux) et celui du juge de cassation. Vous n'avez admis que le juge de cassation puisse être saisi de demande d'exécution que lorsqu'après avoir cassé la décision juridictionnelle attaquée devant lui, il règle le litige au fond (24 février 2016, *Mme Fournaise*, n° 391296, T ; 7/2 CHR, 11 juillet 2018, *Commune d'Isola et Syndicat mixte pour l'aménagement et l'exploitation de la station d'Isola 2000*, n° 407865).

Nous vous proposons donc de laisser la CDN régler cette petite question et,

PCMNC :

- Rejet du pourvoi ;
- Mettre à la charge de M. F... une somme de 3 000 euros à verser globalement à MM. G... et M... au titre des frais non compris dans les dépens.