



HAL
open science

La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers

Marlène Oyono

► **To cite this version:**

| Marlène Oyono. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers. Droit. 2010. dumas-00576376

HAL Id: dumas-00576376

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-00576376>

Submitted on 17 Mar 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



UNIVERSITE DU SUD TOULON-VAR

Faculté de Droit

Présenté et soutenu par

Marlène OYONO

**LA RESPONSABILITE DES
DIRIGEANTS A L'EGARD DES TIERS**

MEMOIRE POUR L'OBTENTION DU MASTER 2 DROIT PUBLIC ET
PRIVE

SPECIALITE: Droit des contentieux

PARCOURS RECHERCHE: Droit des contentieux public privé

Sous la direction de Madame Anne- Marie ROMANIE, Maître de conférence

Année Académique: 2009-2010

DEDICACES

Je dédie ce travail à mon père Jean-Jacques OYONO pour m'avoir soutenue, encadrée et encouragée tout au long de mes études et sans qui je ne serais peut-être pas arrivée à ce niveau.

A ma mère Célestine OYONO, pour l'amour qu'elle me porte, lequel m'a permis d'aller toujours de l'avant.

A mon oncle Steeve NGOUA BEKUI, pour m'avoir aidée tout au long de mes études universitaires.

A mes frères et sœurs que je porte dans mon cœur.

REMERCIEMENTS

Je remercie particulièrement Madame Anne-Marie ROMANIE, pour avoir accepté de diriger mes recherches, et aussi pour la régularité de nos rendez-vous, lesquels m'ont permis de mener à bien ce travail.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE: LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS A L'EGARD DES TIERS DANS LES SOCIETES *IN BONIS*

CHAPITRE 1: UNE PLURALITE DE TEXTES POUR UNE SOLUTION

SECTION 1: Le cadre juridique de la responsabilité des dirigeants sociaux

SECTION 2: Le cadre jurisprudentiel de la responsabilité des dirigeants sociaux

CHAPITRE 2: LA MISE EN OEUVRE DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS

SECTION 1: Conditions générales d'existence de la responsabilité

SECTION 2: Le régime de la responsabilité

DEUXIEME PARTIE: LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS A L'EGARD DES TIERS DANS LES SOCIETES EN DIFFICULTES

CHAPITRE 1 : RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

SECTION 1: Présentation générale de l'institution

SECTION 2: Les conditions de la responsabilité pour insuffisance d'actif

CHAPITRE 2 : LE REGIME DE L'ACTION EN RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

SECTION 1: L'exercice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

SECTION 2 : Les résultats de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

CONCLUSION

INTRODUCTION

Les questions de responsabilités sont toujours passionnantes. Elles créent en droit commun des interrogations et des perplexités nouvelles. C'est la responsabilité qui permet de trouver un juste équilibre entre la cécité de certains et les fautes commises par d'autres. De ce fait, elle a pour conséquence de limiter les actions malveillantes que certains individus pourraient commettre à l'encontre de toutes autres personnes. La responsabilité est souvent analysée comme l'obligation d'assumer les conséquences de son comportement général et de ses actes en particulier. Il en existe différents types : civile, pénale, fiscale, administrative, etc. Parallèlement, toute personne est susceptible d'engager sa responsabilité. Il peut s'agir d'un simple citoyen, d'un agent public, voire d'un dirigeant de société.

Dans le cadre de notre étude consacrée à la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, seule sera abordée leur responsabilité civile, car ce n'est que dans ce cadre qu'ils peuvent effectivement avoir des rapports avec les tiers.

La question relative à la responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard des tiers suscite un intérêt particulier. En ce sens, elle nous conduira à voir comment, en tant qu'organe de la société et émanation de celle-ci, le dirigeant peut voir sa responsabilité personnelle engagée pour des fautes commises dans sa gestion, par des tiers qui ont subi un dommage résultant de leur relation avec la société. Cette étude met ainsi en cause deux individus qui, en principe, n'entretiennent aucun rapport. Il y a d'une part le dirigeant, et d'autre part le tiers.

S'agissant du dirigeant, en raison de l'absence de définition légale de la notion, il existe un certain nombre de critères permettant de retenir, chez une personne physique, la qualification de dirigeant. Aussi, est considérée comme dirigeant social, toute personne désignée dans des conditions régulières et ayant pour mission de gérer la société. Cette personne doit disposer d'un pouvoir de direction ou d'administration dans l'entreprise. Par extension, s'identifie à un dirigeant, tout organe de gestion ou tout représentant légal de la société. Il s'agit des personnes qui détiennent le pouvoir d'engager la société dans les rapports avec les tiers. Cependant, la qualité de dirigeant diffère en fonction de la forme de la société.

Dans les sociétés anonymes classiques, les dirigeants sont regroupés au sein d'un organe collégial appelé conseil d'administration, lequel désigne, soit le président du conseil, soit, et cela après modifications des statuts, un directeur général¹ et si nécessaire des directeurs généraux délégués.

Dans les sociétés anonymes de type moderne, la direction est assurée par un directoire qui peut regrouper deux catégories de personnes. D'une part, celles dotées d'un pouvoir de représentation de la société envers les tiers. Ce sont le président du directoire et les directeurs généraux. D'autre part, les autres membres du directoire ne détenant aucun pouvoir de

¹ Depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques.

représentation. Mais lorsque le capital social est inférieur à 150 000 euros, les fonctions directoriales peuvent être exercées par une seule personne: c'est le directeur général unique.

Dans les SARL (unipersonnelles ou pluripersonnelles) et les sociétés en commandite par actions, la gestion et la direction de la société sont confiées à un ou plusieurs gérants, personnes physiques. Il en est de même dans les sociétés en commandite simple, les sociétés en nom collectif et les sociétés civiles. Néanmoins, la loi précise, s'agissant de ces types de sociétés, et si le gérant est une personne morale, que les dirigeants personnes physiques s'exposent aux mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient gérants pour leur propre compte et en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale dirigée².

Au contraire, sont exclus de la qualification de dirigeant, les organes de la société qui n'assurent pas les fonctions de direction, d'administration ou de gestion, et qui ne sont pas dotés d'un pouvoir de représentation de la société. C'est le cas des membres du conseil de surveillance, chargés de contrôler l'action du directoire. C'est aussi le cas des commissaires aux comptes, dont la mission se limite au contrôle des comptes et à la vérification de la régularité de la vie sociale. Ne font pas non plus partie des dirigeants de la société, les directeurs techniques. Nommés par le président du conseil d'administration et non par le conseil d'administration lui-même, ils sont liés à la société par un contrat de travail. Ainsi, malgré l'importance des fonctions qu'ils peuvent détenir, ils sont salariés de la société. Il existe donc entre la société et eux un lien de subordination.

Enfin, à côté des dirigeants de droit légalement investis d'un pouvoir de direction, de gestion ou d'administration, il peut y avoir des dirigeants de fait qui assument la direction ou la gestion de la société en lieu et place des représentants légaux, sans avoir été officiellement investis de ces fonctions.

La notion de tiers, quant à elle, désigne toute personne n'ayant été ni partie ni représentée à un acte ou à un jugement, par conséquent non liée par son effet obligatoire. Dans le cadre du droit des sociétés, sera considérée comme tiers toute personne étrangère à la société, non liée par un contrat de travail, mais ayant été amenée, au cours d'une transaction, à conclure un contrat avec la société. Le tiers entretient donc avec la société une relation contractuelle. Par conséquent, il ne saurait y avoir entre les tiers et le dirigeant un quelconque lien, le dirigeant n'étant que le représentant de la société.

Traditionnellement, pour les tiers, il est difficile d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants. Cela se justifie par la personnalité morale dont bénéficient, a priori, toutes les sociétés. Les dirigeants se trouvent ainsi protégés par l'écran de la société, personne morale. Mais alors, que faut-il entendre par la personnalité morale?

La personnalité morale, c'est l'aptitude, pour un groupement, à être titulaire de droits et d'obligations et de posséder un patrimoine, indépendamment des personnes qui le composent.

² C. civ. art. 1847, C. com. L. 221-3, al.2.

C'est le fait, pour une société commerciale ou civile, d'avoir un patrimoine distinct de celui des associés, ou d'autres biens de l'associé unique dans la société unipersonnelle.

Depuis la loi du 24 juillet 1966, les sociétés commerciales ne jouissent de la personnalité morale qu'au jour de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Cette date doit être mentionnée en tête de l'extrait d'inscription délivré par le greffier. Par conséquent, avant son immatriculation, la société n'a pas d'existence en tant que personne juridique. Les engagements, pouvant être pris par les fondateurs en vue de la constitution de la société, incombent personnellement à ceux-ci, sauf si ces engagements sont repris par la société après son immatriculation. C'est aussi au jour de l'immatriculation que la société acquiert la qualité de commerçant. Mais avant la mise en vigueur de la loi du 24 juillet 1966, la société avait la personnalité juridique au jour de l'accomplissement des formalités de sa constitution. A cet effet, l'article 1843 du Code civil précisait que "la société commence à l'instant même du contrat".

Pour ce qui est des sociétés civiles, c'est la Cour de cassation qui fut la première à leur reconnaître la personnalité morale à partir de 1891³. La solution a été reprise par l'article 1842 du Code civil.

Concernant la nature juridique de la personnalité morale, plusieurs théories ont été imaginées pour expliquer cette notion. La première a considéré la personnalité morale comme une personnalité fictive. Ici, l'idée était que seuls les êtres humains sont des personnes. Aussi, pour donner aux groupements les mêmes droits et obligations qu'aux individus, fallait-il leur reconnaître la personnalité juridique. Dans cette hypothèse, la personnalité devait être concédée par la loi.

Par opposition à cette théorie, a été créée la conception de la personnalité réelle. Selon celle-ci, tout groupement susceptible d'avoir une volonté propre et une activité distincte doit avoir la personnalité juridique. Contrairement à la première théorie, la personnalité n'est pas concédée, mais liée à l'existence du groupement.

Enfin, certains auteurs ont développé la théorie du patrimoine d'affectation, en considérant que la personnalité morale se rattachait à la possession d'un patrimoine affecté à la réalisation d'un but spécifique.

En tout état de cause, en France, la personnalité morale des sociétés a été calquée sur le modèle des personnes physiques : la société dispose d'un domicile, d'un nom, d'une nationalité, d'une capacité. Elle a la qualité de commerçant. La comparaison va jusqu'aux rapports de famille avec les sociétés-mères et les filiales. Cependant, les personnes morales ne peuvent exprimer leur volonté que par le biais des dirigeants personnes physiques chargés de gérer leurs biens, ou de les représenter.

Par conséquent, la mise en cause de la responsabilité personnelle des dirigeants amène logiquement à s'interroger sur l'opacité ou la transparence de la personnalité morale. L'opacité

³ Req., 23 février 1891, D. 91. 1. 337, S. 92. 1. 73, note MEYENIAL.; 25 avril 1910, D. 1911. 1. 473, rapport DENIS, note NAST.

fait obstacle à la mise en cause de la responsabilité des organes sociaux. En revanche, la transparence permet de percer l'écran créé par la personnalité morale et d'atteindre les dirigeants de la société.

En somme, en s'inspirant de la fiction de la personnalité morale, plusieurs théories ont été développées afin de protéger le dirigeant contre les actions intempestives pouvant être exercées par les tiers dans le but d'engager sa responsabilité. Elles permettent de distinguer le sort du dirigeant personne physique de celui de la société personne morale. Il en est ainsi de:

***La théorie de la représentation**

Cette théorie repose sur l'idée selon laquelle la société, en tant que personne morale, ne peut exercer directement ses droits. Elle doit donc se faire représenter par une personne physique. Les tiers, quant à eux, sont censés traiter directement avec la personne morale représentée. Ainsi, les tiers détiennent-ils une action directe contre la société, véritable partie à la convention, et non contre les dirigeants qui ne sont que les signataires de la convention.

***La théorie du mandat apparent**

Cette théorie suppose que la société peut être engagée par toute personne, même celle ne disposant pas de pouvoir légal à cet effet, si les tiers cocontractants ont légitimement cru qu'elle était régulièrement investie de ce pouvoir. Pour cela, les tiers doivent être dans l'impossibilité de vérifier l'étendue des pouvoirs du "faux" mandataire. Mais aujourd'hui, cette thèse n'a plus beaucoup d'intérêt, les dirigeants sociaux, même irrégulièrement investis, ayant le pouvoir d'engager la société vis-à-vis des tiers.

***La théorie de la gestion d'affaires**

Il s'agit d'une théorie utilisée par les juges pour engager la responsabilité de la société. Dans une affaire, si un ancien gérant ne pouvait plus fonder son pouvoir de représentation sur une qualité qu'il ne possédait plus, la cour avait retenu qu'il pouvait néanmoins représenter la société en justice, en tant que gérant d'affaires⁴.

Toutes ces théories viennent ainsi justifier le fait que c'est la responsabilité de la société, et non celle de ses représentants légaux, qui doit être engagée à l'égard tiers.

Cependant, malgré certaines limites apportées par la loi et les statuts, les dirigeants sociaux sont investis de pouvoirs importants pour diriger la société. De fait, ils bénéficient d'une certaine autorité. Naît alors le risque que ces derniers utilisent ces pouvoirs à d'autres fins que celles pour lesquelles on les leur a confiés. De plus, placés dans le contexte hostile du monde des affaires, les dirigeants sont parfois amenés à adopter des comportements déloyaux, voire malhonnêtes, causant par conséquent un préjudice à autrui. C'est en considération de tous ces abus que le législateur et la jurisprudence ont progressivement mis en place des moyens permettant d'atteindre personnellement les dirigeants responsables.

⁴ Cass. civ. 1ere, 21 décembre. 1981, Gaz. Pal., 1982,n° 2, p. 398, note . PERROT. R.

Ainsi, il est désormais admis qu'à l'instar de tous les justiciables, les dirigeants sociaux engagent leur responsabilité personnelle dès qu'ils causent un préjudice à autrui. L'engagement de la responsabilité personnelle des dirigeants par les tiers demeure néanmoins soumis à des conditions particulières. Les tiers devront en effet prouver que les dirigeants ont commis une faute remplissant des critères particuliers. La jurisprudence qualifie cette faute de "séparable des fonctions"

Par ailleurs, aussi longtemps que la société est solvable, les tiers s'adresseront en priorité à la société. Cette voie offre l'avantage de les mettre en présence d'un interlocuteur financièrement plus crédible. Ce n'est que lorsque la société éprouve des difficultés financières, c'est-à-dire qu'elle fait l'objet d'une procédure collective, que les tiers engageront d'emblée la responsabilité du dirigeant. Encore faudrait-il que certaines conditions soient remplies. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société a donc pour effet d'écarter l'écran de la personnalité morale, derrière lequel le dirigeant peut se réfugier.

En définitive, si la responsabilité des dirigeants est bien une responsabilité pour faute, elle obéit à des régimes différents selon la situation financière de l'entreprise. Si dans le cadre d'une société solvable, les tiers ne pourront engager la responsabilité personnelle des dirigeants que s'ils ont commis une faute séparable des fonctions, une telle faute ne sera pas exigée, dès lors que la société fait l'objet d'une procédure collective. La simple faute de gestion est suffisante dans cette hypothèse.

Tenant compte de cette différence de régime, notre étude s'articulera autour de deux grandes parties:

- Une première partie qui traitera de la responsabilité des dirigeants dans les sociétés in bonis, c'est-à-dire solvables
- Une deuxième partie qui sera consacrée à l'étude de cette responsabilité en cas d'ouverture d'une procédure collective.

PREMIERE PARTIE:
LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS A L'EGARD DES TIERS DANS LES
SOCIETES IN BONIS

Le rôle des dirigeants de société est ambivalent : la même personne physique agit tantôt en tant que représentant légal de la personne morale, tantôt en son nom propre. C'est pourquoi, lorsque la société est *in bonis*, c'est-à-dire sans difficulté financière, il sera difficile, pour un tiers, d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant. En principe, ce dernier est protégé par "l'écran social". Généralement, on considère que le dirigeant n'a pas agi en son nom propre, mais en celui de la société représentée. Cependant, il existe des cas où les dirigeants peuvent engager leur responsabilité personnelle. Aussi, plusieurs textes en droit prévoient-ils les conditions dans lesquelles la responsabilité des dirigeants peut être mise en cause par des tiers.

Parallèlement, la jurisprudence a développé un régime spécial de responsabilité à l'égard des tiers sur le fondement de la faute séparable des fonctions. De nos jours, ce régime demeure le seul véritable moyen, pour des tiers, d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants.

Dans cette partie, nous analyserons successivement le cadre juridique de la responsabilité des dirigeants (chapitre 1) et les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité exceptionnelle dans les sociétés *in bonis* (chapitre 2).

CHAPITRE 1: UNE PLURALITE DE TEXTES POUR UNE SOLUTION UNIQUE

Il existe une diversité de textes sur lesquels les tiers peuvent s'appuyer pour engager la responsabilité des dirigeants de société. Qu'il s'agisse du droit des sociétés, du droit commun, et même de la jurisprudence, les tiers trouveront, dans chacune de ces branches, les conditions dans lesquelles la responsabilité personnelle du dirigeant peut être mise en cause. L'analyse de ce chapitre consistera à voir le cadre juridique de la responsabilité des dirigeants (section 1) avant d'étudier son cadre jurisprudentiel (section 2).

SECTION 1: LE CADRE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS SOCIAUX

L'engagement de la responsabilité des dirigeants par les tiers est prévu, non seulement en droit des sociétés(paragraphe1), mais aussi en droit commun(paragraphe2).

PARAGRAPHE 1: LE CADRE EN DROIT DES SOCIETES

Le droit des sociétés prévoit une pluralité de textes pour régir la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers. Toutefois, les dispositions applicables diffèrent selon la forme sociétaire, mais aussi selon la nature civile ou commerciale de la société.

A: Le cadre de la responsabilité des dirigeants dans les sociétés commerciales

La responsabilité des dirigeants dans les sociétés commerciales est posée par plusieurs textes. On la retrouvait dans la loi du 24 juillet 1966, aux articles 52 alinéa 1 pour les sociétés à responsabilité limitée (SARL) et 244 pour les sociétés anonymes (SA). Ces alinéas sont devenus les articles L. 223-22 du Code de commerce pour les SARL et L. 225-51 du Code de commerce pour les SA. On retrouve également une disposition similaire à l'article L.227-8 du Code de commerce pour les sociétés par actions simplifiées (SAS). Les articles précités disposent que:

Article L.223-22 " 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".

Article L.225-251 "Les administrateurs et le directeur général 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 anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage."

Article L.227-8 "Les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiées."

Bien que ces textes ne visent pas exclusivement la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, mais aussi leur responsabilité à l'égard de tous les acteurs de la vie sociale, la notion de tiers est néanmoins présente. Aussi, d'une manière générale, les dirigeants engageront leur responsabilité dans trois situations: en cas d'infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, en cas de violations de statuts, et en cas de fautes commises dans leur gestion.

1) Les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires

En droit de société, la violation, par les dirigeants, des dispositions législatives ou réglementaires engage leur responsabilité civile. Elle ne sera pas invoquée en raison d'une simple abstraction, mais d'une attitude positive de fraude à la loi ou au règlement. Le dirigeant est conscient du caractère illicite de son comportement, qui est contraire à la loyauté dont il doit faire preuve en raison de son statut. C'est ce comportement qui explique alors le caractère très sévère, et néanmoins justifié, des sanctions encourues. Il résulte de l'article L.223-10 du Code de commerce que la responsabilité des dirigeants et de ceux à qui elle est imputable peut être recherchée dans l'annulation de la société, ou encore dans les actes et délibérations postérieurs à sa constitution. Il s'agira, pour les SA, des fondateurs et administrateurs en fonction au moment où la nullité a été encourue⁵. Pour les SARL, il sera question des premiers gérants et des associés auxquels la nullité est imputable⁶. Ceux-ci sont responsables envers les associés et les tiers des conséquences dommageables de l'annulation de la société, en raison des infractions, même s'ils n'ont commis aucune faute personnelle. Ainsi, les fondateurs et les premiers dirigeants seront-ils responsables, dès l'instant où un préjudice aura été provoqué par l'abstention d'une mention obligatoire dans les statuts. Cela, même s'il n'y avait pas nullité. Il en sera de même en cas d'omission, ou d'accomplissement irrégulier d'une formalité constitutive. La même responsabilité solidaire peut être reconnue aux actionnaires dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés ou approuvés⁷. Cette responsabilité, qui vise en particulier la protection des tiers, a pour fait générateur la moindre irrégularité de fond ou de forme. L'existence suffit à établir la faute du dirigeant. Par ailleurs, la disparition de la

⁵ C. com. art. L.225-249al. 1.

⁶ C.com .art L.223-10.

⁷ C.com. art. L.225-249, al. 2.

cause de nullité par la réparation du vice dont était entachée la société, l'acte ou encore la délibération, ne fait pas disparaître la responsabilité, dès lors qu'un préjudice a été causé⁸.

La responsabilité des dirigeants peut également être mise en jeu en raison de la méconnaissance des dispositions légales applicables aux différentes sociétés. Ainsi, peut-on invoquer l'augmentation du capital social d'une SARL réalisée totalement ou partiellement par des apports en nature, l'inobservation des formalités prévues pour la modification des statuts, la violation des règles relatives au conseil d'administration.

Peuvent également constituer des causes de mise en responsabilité des dirigeants: la distribution des dividendes fictifs, le défaut de mise en paiement des dividendes dans le délai imparti, la cession frauduleuse d'éléments d'actifs⁹, le refus de communiquer des documents sociaux, les irrégularités commises dans la tenue, la convocation et la constatation des décisions des assemblées, le non-respect des dispositions relatives à la présentation des comptes sociaux, ou encore la décision prise par un médecin cogérant et associé de fermer une clinique exploitée par une société en nom collectif et de transférer son activité dans une autre clinique, sans concerter les autres associés et en méprisant leurs intérêts¹⁰.

Il s'agit ici de quelques exemples d'infractions à la loi ou au règlement. Mais dans tous les cas, il doit, en principe, résulter un dommage pour la société, les associés, et même pour les tiers. Cependant, il existe des cas où cette condition n'est pas remplie. A cet effet, le législateur édicte des sanctions pénales destinées à assurer le respect des principales prescriptions. Cette réparation pourra donc être demandée devant le tribunal correctionnel par le biais de l'action civile. Notons tout de même que la formule "disposition légale ou réglementaire", utilisée par les articles du Code de commerce, ne vise pas uniquement les textes du droit des sociétés, mais aussi d'autres textes, notamment ceux du droit social, du droit boursier, et même du droit pénal¹¹.

2) La violation des statuts

L'article 1134 alinéa 1 du Code civil dispose que "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". Ainsi, les stipulations statutaires s'imposent-elles aux dirigeants, car elles tiennent lieu de loi à tous les membres de la société. Selon une jurisprudence, elles sont assimilables aux prescriptions légales, mais aussi aux dispositions d'un règlement intérieur¹². Par conséquent, leur inobservation par les associés ou la société est génératrice de responsabilité. En revanche, les tiers en sont épargnés, puisque les limites apportées par les statuts au pouvoir des dirigeants ne leur sont pas opposables. La société est donc engagée à l'égard des tiers de bonne foi. Mais elle a la possibilité de demander réparation au dirigeant qui n'a pas respecté les statuts, si l'exécution de l'acte lui est préjudiciable¹³. Toutefois, si le dirigeant est intervenu en exécution d'une décision de la majorité des associés, sa responsabilité pour violation des statuts est écartée. En outre, l'atteinte au pacte social constitue en elle-même une faute indépendante de toute notion de mauvaise foi ou de fraude. Elle peut consister en une négligence liée à la méconnaissance des statuts. Elle peut aussi être volontaire. Le plus souvent, elle sera invoquée lorsque le dirigeant

⁸ C.com. art. L. 235-13, al.2.

⁹ Cass.com., 12 mai 1990: Bull.civ. IV n°131.

¹⁰ Cass.com., 3 avril 1979: Bull. joly 1979, p. 593.

¹¹ CONTE Ph. , "Le dirigeant de société: risque et responsabilité, Paris, Editions du Juris- Classeur, 2002, 731.

¹² CA Paris, 9 octobre 1985: Rev. sociétés 1986, p. 291, note GUYON. Y.

¹³ Cass.com., 10 mars 1976: JCP 77, éd. G, II, 18566, note CHARTIER. Y.

omet, sciemment ou non, de solliciter l'autorisation requise avant de conclure un contrat avec les tiers. Par ailleurs, un rapprochement peut être opéré entre la faute de gestion et la violation des statuts, de sorte que la frontière entre ces deux notions est étroite, rendant difficile toute distinction.

Précisons que la violation des statuts constitue une cause de mise en responsabilité des dirigeants que seuls, en réalité, les membres de la société peuvent invoquer. En effet, il sera très difficile pour les tiers de l'invoquer et ce, pour plusieurs raisons.

-D'abord, il y a l'hypothèse où les limites statutaires aux pouvoirs des dirigeants sont opposables aux tiers. Dans ce cas, la société n'est pas engagée à leur égard. De même, les dirigeants ne le seront pas car ils agissent en tant que mandataires de la société. Mais le tiers peut subir un préjudice résultant du défaut d'engagement de la société avec laquelle il croyait légitimement avoir établi un contrat. Dans ce cas, le tiers peut engager la responsabilité des dirigeants sur le fondement de la violation des statuts. Mais d'une manière générale, les tiers se heurtent à plusieurs difficultés.

Il y a par exemple l'impossibilité pour eux de prendre connaissance des statuts. En effet, dès lors que les statuts sont posés au greffe du tribunal compétent, ils sont, en principe, opposables aux tiers. Il revient donc à ces derniers d'en prendre connaissance. Mais en pratique, la situation n'est pas aussi simple. Deux situations sont alors envisageables. Premièrement: si la société ne s'est pas acquittée de cette obligation, les tiers seront dans l'impossibilité de prendre connaissance des statuts. A priori, ils ne pourront invoquer leur violation par les dirigeants. Deuxièmement: même lorsque les statuts auraient été régulièrement publiés, les tiers ne les consultent que très rarement lorsqu'il est question des opérations courantes et ponctuelles. C'est seulement dans le cadre des opérations d'affaires importantes que, par précaution, ils vont s'informer sur le contenu des dispositions statutaires. S'ils ne procèdent pas à cette vérification, ils ne seront pas informés des aménagements statutaires et des éventuels changements. Par conséquent, ils ne pourront pas engager la responsabilité du dirigeant sur le fondement de la violation des statuts.

- Ensuite, il y a l'hypothèse où les stipulations statutaires sont inopposables aux tiers. La question qui se pose ici est de savoir si les tiers peuvent invoquer la violation des statuts en cas d'inopposabilité de la norme.

En principe, toutes stipulations des statuts ou délibérations d'organes sociaux limitant ou aménageant les pouvoirs des dirigeants sociaux sont inopposables aux tiers, même si ces derniers sont de mauvaise foi, la seule exception en l'espèce étant le dépassement de l'objet social. Cette règle vaut pour tout type de société, qu'il s'agisse des SARL¹⁴ ou des sociétés à risque illimité¹⁵. Ces dispositions sont conformes à la directive communautaire du 9 mars 1968 qui stipule, dans son article 9, que "les limitations aux pouvoirs des organes de la société, sont toujours inopposables aux tiers, même si elles sont publiées". Ainsi, les tiers ne peuvent se voir reprocher de ne s'être informés sur les limites apportées au pouvoir des dirigeants par les statuts.

¹⁴ Cass. com., 2 juin 1992: Bull. joly, 1992, §307, p. 946 note Le CANNU.P.

¹⁵ Cass. 3e civ., 24 janvier 2001: Bull. joly, 2001, § 137, note LUCAS. F-X.

En somme, lorsque la société est *in bonis*, seule elle demeure, en principe, engagée à l'égard des tiers. Les dirigeants, en tant que représentants de la société et protégés par l'écran de la personnalité morale, ne peuvent se voir imputer leurs manquements par les tiers, lesquels ne peuvent pas, a priori, engager la responsabilité des dirigeants pour violation des statuts. Ce n'est qu'en cas de défaillance de la personne morale que les tiers pourraient avoir intérêt à agir directement en responsabilité à l'encontre du dirigeant fautif. Ce raisonnement pourrait également valoir pour la faute de gestion du dirigeant.

3) La faute de gestion

La faute de gestion constitue l'une des principales causes de mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants envers la société et les associés. Si, d'une manière générale, elle peut être considérée comme tout manquement réalisé par le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions, ou encore comme tout manque de soin ou de diligence dans la conduite des affaires sociales, il existe une pluralité de comportements pouvant être qualifiés de faute de gestion. En revanche, s'agissant de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, leur présence n'est pas nécessaire surtout lorsque la société est solvable. Dans cette situation, le tiers préférera se retourner contre la société débitrice, a priori plus solvable et surtout parce que, comme nous l'avons déjà dit plus haut, le dirigeant est protégé par le masque de la personnalité morale. Ce n'est que lorsque la société éprouvera des difficultés financières que les tiers pourront valablement invoquer la faute de gestion du dirigeant, lorsqu'elle aura contribué à l'insuffisance d'actif social. Ainsi, la faute de gestion sera-t-elle largement développée dans notre seconde partie.

Après avoir démontré les fondements de la responsabilité des dirigeants, d'une manière générale, dans les sociétés commerciales, il convient de les préciser dans le cadre des sociétés civiles.

B: Le cadre de la responsabilité dans les sociétés civiles

C'est l'article 1850, alinéa 1, du Code civil, qui définit le cadre de la responsabilité des dirigeants dans les sociétés civiles. Il énonce que " Chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion. Si plusieurs gérants ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers et des associés. Toutefois, dans leurs rapports entre eux, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage". Comme dans les sociétés commerciales, les gérants des sociétés civiles engagent leur responsabilité en cas d'infractions aux lois et règlements, de violation des statuts ou de faute de gestion. Ainsi, les développements qui ont été faits pour les sociétés commerciales sont-ils applicables aux gérants de sociétés civiles.

En définitive, il ressort de ce paragraphe que, quelque soit la nature civile ou commerciale de la société, les dirigeants seront civilement responsables, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés, soit de la violation des statuts ou encore des fautes commises dans leur gestion. Cette responsabilité peut exister

à l'égard de tous les acteurs de la vie sociale, notamment la société elle-même¹⁶, les associés¹⁷, et aussi les tiers¹⁸. Cependant, s'il est généralement admis que la responsabilité des dirigeants à l'égard de la société et des associés est de nature contractuelle, il est aussi admis que leur responsabilité envers les tiers est de nature délictuelle, laquelle a pour fondement le droit commun de la responsabilité.

PARAGRAPHE 2: LE CADRE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT COMMUN

En droit commun, comme tout justiciable, le dirigeant, engage sa responsabilité dès lors que, par sa faute, un préjudice est causé à autrui. En outre, étant simplement le représentant de la société, le dirigeant ne peut être partie au contrat qui lie la société au tiers. Aussi, s'il engage sa responsabilité, celle-ci sera-t-elle de nature délictuelle. Certaines situations peuvent néanmoins conduire à l'engagement de sa responsabilité contractuelle.

A : Une responsabilité de nature délictuelle

Dans le silence des textes, doctrine et jurisprudence s'accordent sur le fait que, dans tous les types de sociétés, la responsabilité des dirigeants est de fondement contractuel lorsqu'elle est envisagée envers la société et les associés. Dans un arrêt rendu le 4 octobre 1976¹⁹, la Cour de cassation avait cassé, pour défaut de base légale, un arrêt des juges du fond. Ces derniers avaient statué sur l'action en responsabilité formée par une société à l'encontre de deux personnes. En fait, celles-ci avaient géré la société pendant une période donnée. Les juges du fond avaient donc accueilli cette action sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, tout en retenant que c'est à la suite d'une procuration qui leur avait été conférée par les dirigeants de droit que les deux personnes ont géré. Dans sa décision, la Cour de cassation avait, quant à elle, visé l'article 1147 du Code civil relatif à l'exécution des obligations contractuelles. Au contraire, cette responsabilité est de nature délictuelle lorsqu'elle est envisagée envers les tiers²⁰. Mais avant d'analyser la nature délictuelle de cette responsabilité, quelques précisions doivent être apportées sur le caractère exceptionnel de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers.

1) Caractère exceptionnel de la responsabilité des dirigeants envers les tiers

Normalement, le dirigeant engage, par sa faute, sa responsabilité envers la société et non envers les tiers. Le caractère exceptionnel de cette responsabilité s'explique, ainsi que nous l'avons démontré dans l'introduction, par le principe de l'autonomie de la personnalité morale de la société. Le dirigeant n'étant que le représentant de la société, seule cette dernière est tenue vis-à-vis des tiers. De même, les tiers peuvent engager la responsabilité de la société en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution du contrat. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé dans un arrêt, à juste titre, que "... la responsabilité sociale est la règle, tandis que la

¹⁶ Cass. com., 8 novembre 1960, JCP., 1961.2. 12046, note J.R.; Cass. com., 12 mars 1974, Gaz. Pal., 1974. 2. 662.

¹⁷ Cass. com., 14 décembre 1960, R.D.C., 1961, 624, obs. RODIERE. CA Paris, 10 juillet 1991, RJDA., 1991, 870.

¹⁸ Cass. com., 6 mars et 18 juin 1973, Rev. soc. , 1974, 300.

¹⁹ Cass. com., 4 octobre 1976, n° 75-10.902, Bull. civ. IV, n°245.

²⁰ Cass. com., 8 mars 1982, n° 79-10.412, Rev. soc. 1983, p. 573, note GUYON. Y.

responsabilité personnelle des gérants est l'exception"²¹. A ce propos, le Pr Guyon note qu' " il est assez rare qu'un dirigeant de société engage sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers. En effet, dans les circonstances normales, le dirigeant agit au nom et pour le compte de la personne morale. Par conséquent, les tiers sont liés à la société, qui est seule engagée dans les liens de droit. C'est donc à la société, et normalement à elle seule, que des tiers pourront demander des dommages-intérêts si l'acte posé se révèle générateur de responsabilité civile"²². Toutefois, la responsabilité des dirigeants est de plus en plus retenue pas les juges. La jurisprudence estime que le dirigeant n'est pas un simple organe de représentation. Aussi peut-il voir, dans certaines situations, sa responsabilité civile être engagée à l'égard des tiers.

2) La nature délictuelle ou quasi-délictuelle de la responsabilité des dirigeants

Dans le silence des textes, doctrine et jurisprudence considèrent que la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers est de nature délictuel ou quasi délictuel car elle ne repose sur aucun lien contractuel, elle a donc pour fondement les article 1382 et suivants du Code civil. Cet article énonce que " tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer". L'article 1383, du même Code, ajoute que " chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence". Lorsque la responsabilité des dirigeants n'est pas réglementée par un texte spécial, notamment pour les gérants des sociétés en nom collectif ou des sociétés en commandite simple, c'est le droit commun de la responsabilité qui jouera. Il en sera de même pour les dirigeants de sociétés sans personnalité morale. En l'occurrence, le gérant d'une société en participation avait été jugé responsable des fautes commises dans sa gestion sur le fondement du droit commun²³. En l'espèce la chambre commercial de la Cour de cassation avait estimé qu'une cour d'appel avait violé les articles 1382 et 1992 de Code civil, en retenant qu'à défaut de dispositions légales ou statutaires spécifiques, le gérant d'une société en participation n'est responsable que sur le fondement du droit commun de l'article 1382, à raison des fautes détachables de ses fonctions de gérant, alors que le gérant d'une société en participation, dépourvue de personnalité morale, est, en sa qualité de mandataire des associés, responsables des fautes commises dans sa gestion.

Egalement la troisième chambre civile de la Cour affirma dans une décision que 'la responsabilité personnelle d'une dirigeant ne peut être retenu à l'égard des tiers que sur un fondement délictuel". En l'espèce elle avait écarté le moyen soulevé par les demandeurs au pourvoi, fondé sur la responsabilité contractuelle.²⁴ Ainsi, toute personne tiers à ce type de société et ayant subi un préjudice résultant de la faute du dirigeant pourra invoquer sa responsabilité en se fondant sur les articles précités. Mais, la Cour de cassation a précisé que la seule constatation d'un fait délictuel ou quasi-délictuel imputable à une société, n'implique pas nécessairement une faute personnelle du dirigeant²⁵.

²¹ Cass. soc., 10 mai 1973: Bull. civ. V, n° 299; Cass. soc. 31 janvier 1980: Bull.civ. V, n° 102.

²² Rev. soc. 1983, p. 575, note GUYON. Y.

²³ Cass. com., 6 mai 2008 n°07-12.251: D. 2008 AJ P. 1408; Bull. joly 2008, p. 762, note Le CANNU.P.

²⁴ Cass. 3e civ., 4 janvier 2006, Bull. joly, avril 2006, p. 526, note MESSAÏ- BAHRI. S.

²⁵ Cass. com., 4 juin 1991, n°869 :RJDA 9-8/91 n° 715; Rev. soc. 1992, p. 55 note CHARTIER. Y.

Si la responsabilité des dirigeants envers les tiers est en principe de nature délictuelle ou quasi délictuelle, fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, il peut exister des cas où cette responsabilité aura un fondement contractuel.

B: Exceptions à la nature délictuelle de la responsabilité

La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers peut, en matière contractuelle, être recherchée dans plusieurs hypothèses.

Cette situation se rencontre d'abord lorsque le dirigeant social n'informe pas son cocontractant qu'il agit au nom de la société. Dans cette hypothèse, le dirigeant n'a, par exemple, pas fait état de sa qualité, ou encore il a laissé planer un doute sur cette dernière. Cela peut être dû au fait qu'il exerce à titre personnel une activité identique à celle de la société et que les circonstances n'ont pas permis aux tiers de savoir en quelle qualité il agissait réellement²⁶. Dans ce cas, le dirigeant devient le débiteur direct et personnel.

Ensuite, le dirigeant peut être responsable de la mauvaise exécution du contrat s'il s'est personnellement engagé à côté de la société. Exemple : il s'est porté caution de la société qu'il représente. Cette pratique, très utilisée dans les relations entre banques, d'une part, et SARL et SA, d'autre part, "permet au créancier de se ménager un meilleur recours à tous points de vue qu'une action en responsabilité"²⁷.

Cette situation peut également se produire lorsque le dirigeant a dépassé les limites de ses pouvoirs. Dans ce cas, il sera tenu d'exécuter le contrat, la société n'étant pas engagée vis-à-vis des tiers. Il s'agit notamment de l'hypothèse du président du conseil d'administration qui a consenti la caution, l'aval ou la garantie de la société à un tiers, sans que ces opérations aient été autorisées par le conseil d'administration, conformément aux conditions prévues dans l'article L.225-35, alinéa 4, du Code de commerce. De même, a été condamné pour avoir outrepassé ses pouvoirs, le gérant qui avait conclu, au nom de la société, un contrat d'acquisition d'un terrain d'une valeur élevée afin d'y implanter une usine nécessitant un investissement important. Pourtant, les dispositions statutaires de la société limitaient les pouvoirs des gérants aux affaires courantes ne présentant aucun caractère exceptionnel²⁸.

Cependant, la responsabilité personnelle des dirigeants sur le fondement contractuel est assez rare en pratique. En effet, selon un principe applicable dans les sociétés, le représentant légal dispose de tous pouvoirs pour agir en toutes circonstances au nom de la société, du fait de l'inopposabilité aux tiers des clauses statutaires²⁹. La solution est plus poussée dans les SARL et les sociétés par actions, car le représentant peut engager la société pour tout acte même ceux extérieurs à l'objet social, à moins de prouver que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer en raison des circonstances³⁰. Par

²⁶ Cass. 3e civ., 3 mai 1977, n° 76-10.223:Bull. civ. III, n° 194.; Cass.com., 28 juin 1988, n°87-12.082: Bull. joly 1988, n° 7-9, p. 671.

²⁷ LEFEBVRE Francis . Dossiers Pratiques , " Maîtrise des risques du dirigeant" Edition Francis LEFEBVRE,2009, p. 45, ISBN:978-2-85115-825-3.

²⁸ CA Paris, 4 février 2000: RJDA 6/00 n° 674.

²⁹ C.com. art. L.223-18, al. 5, L.225-35, al. 3 et L.225-64, al.3.

³⁰ C.com. art. L. 223-18, al. 3, L.225-35, al. 2 et L.225-64, al.2.

conséquent, seul le dépassement de l'objet d'une société civile ou d'une société en nom collectif engage personnellement le dirigeant social.

Enfin, la responsabilité personnelle du dirigeant est engagée quand la société est frauduleuse ou fictive³¹.

Au terme de cette partie, il convient de retenir ceci : bien que la responsabilité civile des dirigeants ne fasse pas l'objet de dispositions communes à l'ensemble de sociétés, se trouvant répartie dans des dispositions diverses, on peut néanmoins en tirer des solutions communes. En effet, les dirigeants sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou les tiers, selon les cas, soit des infractions aux dispositions législatives et réglementaires, soit de la violation des statuts, ou encore des fautes commises dans leur gestion. Cette solution sera la même pour les gérants des sociétés civiles. En plus des dispositions spéciales du droit des sociétés, il existe un droit commun de la responsabilité pour les dirigeants dont la responsabilité n'est pas prévue par un texte spécifique. Cependant, pour établir une ligne de démarcation entre le droit des sociétés et le droit commun, il s'est posé la question de savoir si, au lieu d'engager son action sur le fondement des articles du Code de commerce (L.223-22 et L.225-251), le tiers peut l'exercer sur le fondement du droit commun de la responsabilité (C.civ. art 1382 et suivants). A ce jour, aucune réponse n'est donnée pour cette question. En revanche, la Cour de cassation remplace souvent ce texte (art 1382) dans ses visas par les dispositions spéciales du Code de commerce³². En outre, la Cour de cassation précise que l'action en responsabilité personnelle soulevée par un tiers contre un administrateur, a pour fondement l'article L.225-251 du Code de commerce, et non l'article 1382 du Code civil³³. A ce sujet, un auteur affirme que "seules les dispositions spéciales du droit des sociétés commerciales peuvent être invoquées"³⁴ dans le cadre d'une action en responsabilité personnelle des dirigeants.

En tenant compte de toutes ces difficultés pratiques, la jurisprudence a progressivement mis en place un régime de responsabilité spécifique des dirigeants à l'égard des tiers. Elle a introduit, en effet, la notion de faute séparable des fonctions, laquelle a pour objet de soumettre à un régime homogène, la responsabilité civile des dirigeants visée par les articles L.223-22 ou L.225-251 du Code de commerce. Ainsi, que ce soit à l'égard des tiers ou de la société, cette action est-elle soumise au même délai de prescription. Si l'action en responsabilité engagée par les tiers avait pour fondement l'article 1382 du Code civil, elle se prescrirait, non pas par trois ans, mais par cinq ans, comme en droit commun³⁵.

Aussi, il convient, dès à présent, d'étudier la notion de faute séparable des fonctions qui apparaît désormais comme le seul moyen pour les tiers d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés *in bonis*.

31 LEFEBVRE Francis . Dossiers Pratiques , " Maîtrise des risques du dirigeant" Edition Francis LEFEBVRE,2009, p. 45, ISBN:978-2-85115-825-3.

32 Cass. com., 27-1-1998 n°313; RJDA 5/98 n°610.

33 Cass. com., 28-4-1998 n°961 : RJDA 7/98 n° 874.

34 LEFEBVRE Francis . "Mémento Pratique, "Sociétés Commerciales",2010, Edition Francis LEFEBVRE 2009, n° 2465. ISBN:978-2-85115-817-8.

35 C.civ. art. 2224, art. 2270-1 ancien, Loi 2008-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile.

SECTION 2: LE CADRE JURISPRUDENTIEL DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS : L'EXIGENCE D'UNE FAUTE SEPARABLE DES FONCTIONS

Création jurisprudentielle, la faute séparable des fonctions est aujourd'hui le véritable moyen d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants. Pour mieux cerner les contours de cette notion, nous analyserons successivement ses origines (paragraphe 1), puis la notion, telle qu'elle est définie par la jurisprudence actuelle (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1: LES ORIGINES DE LA NOTION DE FAUTE SEPARABLE DES FONCTIONS

La notion de faute séparable des fonctions est une construction jurisprudentielle. Elle vise à protéger les dirigeants derrière l'écran de la personne morale qu'ils représentent, des actions en responsabilité des tiers. Mais la situation n'a pas toujours été telle qu'on l'appréhende aujourd'hui. En effet, la faute séparable des fonctions est une notion relativement récente. Ainsi, avant de retracer son évolution, convient-il de démontrer que la jurisprudence s'est en réalité inspirée de du droit administratif pour mettre en place cette notion.

A: L'origine administrative de la notion

Dans les années 1960, les dirigeants de sociétés ne bénéficiaient pas d'un régime de responsabilité particulier. A cette période, les principes de responsabilité civile étaient d'ordre public. Toute personne (y compris les gérants de sociétés) engageait sa responsabilité dès lors que, par sa faute, elle causait un préjudice à autrui. A titre d'illustration, la Cour de cassation avait jugé, dans un arrêt de 1961, que le fait, pour un dirigeant, d'agir dans l'exercice de ses fonctions, ne pouvait le "soustraire à la responsabilité personnelle, conformément aux règles du droit commun"³⁶. Précisons que dans cette affaire, la Cour de cassation avait cassé un arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui avait méconnu la responsabilité des gérants d'une société au motif que ces derniers n'avaient pas commis une faute détachable du service³⁷. Les juges du fond s'étaient appuyés sur la théorie du contentieux administratif. Selon celle-ci, il faut distinguer la responsabilité de l'Administration de la responsabilité personnelle du fonctionnaire. Cette théorie, issue de l'arrêt Pelletier du Tribunal des conflits, rendu le 30 juillet 1873³⁸, avait pour objet de distinguer la faute de service du fonctionnaire, qui n'engageait que la société car elle révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur. Au contraire, la faute personnelle détachable du service, selon la formule du Doyen Laferrière relève l'homme, avec "ses faiblesse, ses passions, ses imprudences"³⁹ et permet par conséquent sa mise en cause.

Pendant longtemps, doctrine et jurisprudence ont refusé cette distinction en droit des sociétés. Certains ont estimé que, "les motifs qui ont fait naître cette théorie sont propres au fonctionnement des services publics"⁴⁰. Dès lors, il n'y a pas de raison de les transposer en

³⁶ Cass.com. 28 novembre 1961, JCP 1962. II.12504, note J.R.

³⁷ Paris 12 mai 1956, J.agrées, 1959.237, note BOULOY.P.

³⁸ T. confli, 30 juillet 1873, Pelletier, G.A. jurisp., adm., 12ed., n° 2.

³⁹ CHAPUT. R. " Droit administratif généra, t. 1, Montchrestien, 6e éd. 1996, p. 934 et s.

⁴⁰ RTD com. 1962, p. 426 et s.

droit en privé. Pour d'autres, les principes de responsabilité civile étant d'ordre public, et imposant à chacun de répondre de ses fautes, il ne saurait y avoir de représentation dans ce domaine. Par conséquent, le dirigeant, du fait de son indépendance, ne peut être considéré comme le préposé de la société⁴¹. C'est ainsi que, plusieurs fois, les juridictions ont retenu la responsabilité personnelle des gérants de sociétés, lorsqu'ils ont commis des fautes dans l'exercice même de leurs fonctions. La Cour avait par exemple décidé que "lorsque le gérant d'une SARL commet, à l'occasion de la gestion de la société, une faute qui est en relation de causalité avec le dommage subi par un tiers, il engage sa responsabilité personnelle", il en est de même lorsque le gérant d'une société, par son comportement commet une faute lourde⁴².

Ce n'est que plus tard, en se fondant finalement sur la distinction opérée par le droit administratif, que les juridictions de l'ordre privé ont commencé à admettre la possibilité de limiter la responsabilité personnelle des dirigeants. Ainsi, a été mise en place la théorie de la représentation. Selon elle, le dirigeant n'est qu'un organe représentant la société qu'il dirige : lorsqu'il agit *es qualité*, c'est la société qui agit. Il n'a donc aucun rapport avec les tiers. Et s'il commet des fautes, celles-ci sont considérées comme étant des fautes de la société. Elles ne lui sont donc pas imputables.

Toutefois, en considérant finalement que le dirigeant n'est pas un simple représentant de la société, étant doté d'un pouvoir de gestion, d'administration et même de décision, il peut de ce fait causer, par ses actes, un préjudice aux tiers. La jurisprudence a quelque peu commencé à limiter la protection accordée aux dirigeants en raison du masque de la personnalité. C'est dans cette logique qu'elle a progressivement créé la notion de faute séparable des fonctions. Il convient, dès à présent, d'en retracer l'évolution jurisprudentielle.

B: L'évolution jurisprudentielle de la notion

1) La consécration jurisprudentielle de la faute séparable des fonctions

C'est à partir du milieu des années 1970 que la jurisprudence commença à admettre une distinction entre les fautes commises par les dirigeants. La théorie de la faute séparable des fonctions a été successivement adoptée par la Chambre sociale, la première Chambre civile et, un peu plus tard, par la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

S'agissant de la Chambre sociale, la Cour de cassation avait énoncé dans un arrêt, en 1973, que " la responsabilité sociale est la règle, tandis que la responsabilité personnelle des gérants est l'exception"⁴³. Toujours dans cette logique, elle avait jugé, en 1975, que le président d'un syndicat, qui avait procédé à un licenciement fondé sur un "sentiment d'hostilité" et "inspiré par l'intention de nuire" au salarié, au motif que ce dernier avait commis une faute séparable des fonctions, engageait sa responsabilité⁴⁴.

⁴¹ Civ. 14 avril 1942, DA, 1942; 15 mars 1971, Bull.civ.IV, n°81.

⁴² Civ. 3e, 6 mars 1973 et Com., 18 juin 1973, Rev. soc. 1974.300, note J.H.; dans le même sens voir Cass. com., 12 juin 1978, Rev. soc. 1979, p. 308 et s.

⁴³ Cass. soc. 10 mai 1973, Bull. civ. V, n° 299.

⁴⁴ Cass.soc., 9 avril 1975, Bull.civ. V, n° 174; RTD civ01975, p.137.

Egalement, la première Chambre civile de la Cour en 1978, avait cassé un arrêt d'appel qui avait admis la responsabilité personnelle envers les tiers d'un gérant de SARL, "sans constater qu'il avait commis une faute extérieure à l'exécution du contrat"⁴⁵.

Concernant enfin la Chambre commerciale, c'est dans deux arrêts successifs⁴⁶ qu'elle opère une double évolution quant à la responsabilité personnelle des dirigeants. D'abord, dans le premier arrêt du 8 mars 1982, elle affirme qu'une cour d'appel ne donne pas de base légale à sa décision lorsqu'elle "déclare les gérants de fait et de droit d'une société, responsables solidairement avec la société, des conséquences pécuniaires de la résiliation d'un contrat prononcée aux torts de cette dernière, sans relever aucune circonstance d'où il résulterait que ces dirigeants sociaux aient commis une faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat litigieux". Par cette décision, la Cour a finalement consacré, en droit des sociétés, la distinction entre la faute personnelle du dirigeant et celle commise dans l'exercice de ses fonctions.

Ensuite, dans le second arrêt du 4 mai 1982, l'évolution se fait au niveau du contenu de la faute génératrice de responsabilité à l'égard des tiers. En l'espèce, la Cour a affirmé qu' "une faute de gestion n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité d'un dirigeant de société à l'égard des tiers". Cette décision vient, ainsi, remettre en question la jurisprudence antérieure selon laquelle, la responsabilité du gérant d'une société à l'égard des tiers suppose une faute de gestion⁴⁷ ou encore une "faute commise à l'occasion de la gestion"⁴⁸.

En somme, au début des années 1980, la distinction faite à l'origine par le droit administratif avait désormais sa place en droit privé et spécialement en droit des sociétés. A partir de cette période, l'idée que le dirigeant ne peut être condamné que s'il a commis une faute personnelle ne relevant pas de l'exercice de ses fonctions, est dorénavant acquise par la jurisprudence. Pour traduire cette idée, des formules variables ont été utilisées. Ainsi, la Cour exigea-t-elle d'abord "une faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat"⁴⁹. Puis, s'agissant du dommage subi par un tiers n'ayant pas contracté avec la société, elle a décidé que " la seule constatation d'un fait délictuel ou quasi-délictuel imputable à une société, n'implique pas nécessairement une faute personnelle du dirigeant"⁵⁰. Enfin, toujours dans le même esprit, elle a subordonné la responsabilité du dirigeant à la constatation d'une " faute qui soit séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement"⁵¹. Toutes ces notions voisines ont donné lieu à un contentieux important dont nous ne citerons que quelques exemples.

Ont donc été considérés personnellement responsables envers les tiers:

⁴⁵ Cass. civ. 1er, 31 mai 1978, Bull. civ. I, n°213.

⁴⁶ Cass. com., 8 mars et 4 mai 1982, Rev. soc. 1983, p. 573 et s. note, GUYON.Y.

⁴⁷ Civ. 3e, 18 juin 1970, Bull. civ. III, n°429.

⁴⁸ Civ. 3e, 6 mars 1973, Rev. soc. 1974.300, note J.H.

⁴⁹ Cass. com., 8 mars, Rev. soc. 1983, p. 573 et s. note, GUYON.Y.

⁵⁰ Cass. com., 4 juin 1991, Rev. soc. 55, note CHARTIER.Y.

⁵¹ Cass. com., 27 janvier 1998, Bull. joly, n° 173, note LE CANNU.P

-Le gérant d'une SARL qui avait passé une commande, sachant que la société ne pourrait pas l'honorer⁵²;

- Le dirigeant d'une société en liquidation qui avait omis, de façon fautive, de fournir au liquidateur de la société tous les éléments nécessaires à la prise en compte des droits de son salarié⁵³;

- Le gérant de SARL ayant cédé à un établissement de crédit, par bordereau Diailly, une créance dont le montant ne correspondait pas à la prestation réellement effectuée par la société et qui, en outre, avait fait l'objet d'un avoir⁵⁴;

- Le dirigeant qui avait refusé de modifier la dénomination, le siège et l'objet de la société dont il était l'associé majoritaire, pour dissimuler la commercialisation par celle-ci de produits semblables à ceux d'une société cliente, qu'elle était auparavant chargée de promouvoir⁵⁵;

-Le dirigeant qui a obtenu, pour un client de la société, une autorisation administrative après avoir corrompu un fonctionnaire⁵⁶.

Ont également été jugés responsables :

- Le président d'une SA signataire, au nom de la société, d'un acte irrégulier⁵⁷;

- Le gérant qui a personnellement commis des actes de contrefaçon⁵⁸;

- Le gérant d'une SARL, ayant pour mandat de vendre une automobile de sport, l'avait prêtée à un tiers, qui l'avait accidentée et abandonnée sur une autoroute⁵⁹ ;

Précisons que toutes ces décisions ont été rendues avant l'arrêt de principe du 20 mai 2003. Avant cette date, en effet, la notion de faute séparable des fonctions était largement comprise par la jurisprudence, car elle ne faisait l'objet d'aucune définition.

A ce sujet, quelques-unes des décisions les plus surprenantes de la Cour de cassation sont sans doute celles rendues au cours de l'année 1998.

Dans un premier arrêt, rendu le du 27 janvier 1998, la Cour avait estimé que le gérant qui avait déversé le pétrole commandé dans les cuves d'une propriété voisine en voie de démolition, sans l'accord du fournisseur, sans lui laisser la possibilité de récupérer le pétrole, et sans la payer, n'avait pas commis une faute séparable des fonctions"⁶⁰.

Dans un autre arrêt rendu le 28 avril 1998, " le président-directeur général d'une société soustraite avait attesté de la propriété des marchandises, afin d'obtenir paiement direct du maître

⁵² TGI Strasbourg, 15 janvier 1991, Rev. soc. 1991, n°3, p. 605, obs .GUYON.Y.

⁵³ Cass. com., 23 mars 1993, n°91-14.222, Bull. civ. IV, n° 121.

⁵⁴ CA Paris, 3e ch. A, 29 mars 1994: RJDA 1994, n° 10, n°1026, p. 808.

⁵⁵ CA Paris 10 septembre 1999, 25e ch. A, :RJDA 12/99 n°1345.

⁵⁶ Cass. 1e civ. 6 octobre 1998, n° 1463 D:RJDA 12/98, n° 1362.

⁵⁷ CA Paris, 15e ch., 14 octobre 1997, Dr. sociétés 1998, n°12, obs. VIDAL.D

⁵⁸ CA Bordeaux, 24 janvier 2000, Juris-Data, n° 121080.

⁵⁹ CA Paris, 25e ch. A, 22 mars 2002: RJDA 2002, n°8-9, n° 901, p. 765.

⁶⁰ Cass. com., 27 janvier 1998, Bull. joly, n° 173. note LE CANNU.P.

de l'ouvrage, alors que la marchandise n'avait pas été payée au fournisseur". En l'espèce, la Cour avait rejeté, pour défaut de base légale, la décision des juges du fond, au motif que le dirigeant, bien qu'ayant menti, n'avait pas commis une faute séparable des fonctions⁶¹. Cet arrêt avait été vivement commenté par la doctrine. Considéré comme un arrêt de principe, il a rappelé, avec fermeté mais aussi solennité, le principe selon lequel "la responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers ne peut être retenue que s'ils commettent une faute séparable des fonctions"⁶².

Enfin, dans un arrêt du 20 octobre 1998, la Cour de cassation avait refusé que soit engagée la responsabilité personnelle du dirigeant qui a consenti un cautionnement au nom de la société, alors qu'à cette fin, son pouvoir était caduc⁶³. Cette décision venait quelque peu remettre en cause la jurisprudence des juges du fond selon laquelle le dirigeant ayant fourni, sans autorisation, une garantie à un créancier, pouvait être condamné à réparation⁶⁴.

En effet, dans toutes ces situations, les dirigeants avaient eu des comportements répréhensibles qui devaient en principe être sanctionnés. Mais la Cour, fidèle à ses principes, les avaient déclarés irresponsables des faits qui leur étaient reprochés. Ainsi, démontra-t-elle réellement sa volonté de protéger les dirigeants dans l'exercice de leur fonction. Pour cela, elle avait cantonné leur responsabilité personnelle aux seules fautes commises pour des mobiles personnels, comme le préconisait le Rapport de la Cour de cassation de 1998,⁶⁵ leur conférant par conséquent une certaine impunité à l'égard des tiers victimes. Cette large interprétation de la notion de faute séparable des fonctions n'a pas laissé la doctrine insensible, laquelle ne manquera pas de critiquer l'imprécision de cette notion.

2) Les critiques autour de la faute détachable des fonctions (avant 2003)

Dès 1997, une partie de la doctrine estima qu'il fallait unifier les diverses formules utilisées par la Cour de cassation en "renonçant à la notion de faute extérieure au contrat pour exiger une faute séparable des fonctions ou, plus simplement, une faute lourde"⁶⁶. Selon elle, les formules employées par la Cour conduisaient, en réalité, à une impunité des dirigeants dont il convenait de retracer les limites en définissant "le critère de la faute génératrice de responsabilité personnelle". Ces auteurs ont précisé que, en réalité, l'existence d'une faute extérieure au contrat est impossible dans la mesure où la faute n'est jamais totalement indépendante des fonctions. Elle présente toujours un lien avec le contrat puisqu'elle consiste, normalement, "soit à l'avoir conclu, soit à ne l'avoir pas exécuté"⁶⁷.

Egalement, dans un article particulièrement enrichissant sur le sujet, un auteur a critiqué la notion de faute séparable des fonctions. D'abord, il lui a reproché, au regard de la multitude des solutions rendues par la Cour de cassation, de ne pas avoir un critère certain pour sa qualification. L'auteur en question a donc estimé qu'il s'agissait d'une notion "fluctuante,

⁶¹ Cass. com., 28 avril 1998, Bull. joly, 1998, n°263. note LE CANNU. P.

⁶² A. L. " Conditions de la responsabilité personnelle des dirigeants", D. Affaires, 1998, p. 1008.

⁶³ D. Affaires . n°143, 1999, p. 41 et s.

⁶⁴ CA Paris , 9 mai 1990, RF compt. oct 1990, p. 78, note REIGNE.

⁶⁵ Cass. com., 28 avril 1998, n° 96-10.253, Bull. civ. IV, n° 139.

⁶⁶ PETIT et REINHARD, "Responsabilité des dirigeants", RTD com., avr- juin 1997, pp. 287 et s.

⁶⁷PETIT et REINHARD, "Responsabilité des dirigeants", RTD com., avr- juin 1997, p. 292.

insaisissable, et ayant des motivations douteuses". Ensuite, il a affirmé que, en réalité, ce que recherche la jurisprudence de la Chambre commerciale, par l'écran de la personne morale, c'est " l'irresponsabilité de fait du dirigeant social". Poussant plus loin son analyse, il a démontré que la limitation de la responsabilité des dirigeants était en contradiction, non seulement avec les dispositions légales du droit des sociétés – il affirme pour cela que, "grâce à la notion de faute séparable des fonctions, la déresponsabilisation n'est guère en harmonie avec la jurisprudence commerciale" – mais aussi avec celles du droit commun de la responsabilité civile⁶⁸.

Il a aussi été observé que les juges du fond, du fait de l'imprécision de la notion de faute détachable, restent réticents à son utilisation. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, pour condamner un dirigeant qui avait consenti un cautionnement inopposable à la société, faute d'autorisation préalable, a préféré relever que ce dirigeant, "en excédant ses pouvoirs, sciemment ou par imprudence, a commis une faute"⁶⁹.

De même, un auteur s'interrogeant sur la question, rejoint une partie de la doctrine⁷⁰ en estimant que, pour supprimer les difficultés liées à la définition ou encore au contenu de cette notion, il faudrait se dégager de toute référence aux fonctions, et exiger une faute lourde, comme condition de mise en œuvre de la responsabilité personnelle des dirigeants. Cette faute lourde s'entendrait comme une faute " énorme, grossière, signe de l'extrême défectuosité du comportement"⁷¹. Car, à la différence de la faute intentionnelle, la faute lourde n'implique aucune mauvaise foi.

L'auteur poursuit en affirmant que retenir comme critère la faute lourde, permettrait à la Cour de cassation de conserver une certaine liberté d'appréciation, de sorte que la responsabilité des dirigeants soit retenue lorsqu'ils commettent des actes particulièrement graves. En revanche, ils seraient immunisés lorsqu'ils commettent des fautes plus légères.

Le Pr Le Cannu, quant à lui, affirme que la notion de faute séparable, aux contours incertains, présente de nombreux inconvénients, car elle contribue à la mise à l'écart de la responsabilité civile des dirigeants. Cela tend à être compensé par leur responsabilité pénale, à en juger par le nombre de poursuites pour abus de biens sociaux intentées chaque année contre les dirigeants de société⁷².

Le professeur Le Nabasque pour sa part a observé qu'en dehors des hypothèses où la faute du dirigeant était constitutive d'un délit pénal, la qualification de faute séparable des fonctions ne serait jamais reçue devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation⁷³. En effet, jusqu'en 2002 la Cour n'avait retenue la faute séparable des fonctions que dans l'hypothèse ou un

⁶⁸ WESTER-OUISSE V., "Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable des fonctions", D. Affaires, 1998, p. 782 et s.

⁶⁹ CA Paris 9 mai 1990, Rev. soc. 1990, p. 475, obs. GUYON. Y.

⁷⁰ RTD com., avr- juin 1997, pp. 287 et s., voir aussi M-T. RIVES-LANGE, "Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et des commettants", JCP 1970, I, n°2309.

⁷¹ AUZERO.G. "L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé", D.Affaire 1998, p. 502 et s.

⁷² Bull. joly, 1998, n° 173, n° 7, note LE CANNU.P.

⁷³ Byll. joly 2003, n° 167, note LE NABASQUE. H.

dirigeant avait commis une infraction pénale. Toutefois, dans un arrêt rendu par la Cour d'Aix le 20 septembre 2002, la responsabilité du dirigeant avait été retenue pour un dépassement de l'objet social. En l'espèce, la cour avait jugé qu'en utilisant un contrat bancaire, basé sur l'activité d'une société, au profit d'une autre société ayant une activité différente, le gérant "s'est livré à une activité étrangère à l'objet social et ignorée de la banque a commis une faute détachable de ses fonctions"⁷⁴. Mais ce critère du dépassement de l'objet social ne se montra pas suffisant pour définir la faute séparable des fonctions.

Toujours en critiquant la notion, certains ont estimé que l'interprétation restrictive par les juges de la faute séparable des fonctions entraîne une "déresponsabilisation civile des dirigeants dans la mesure où leur patrimoine reste à l'abri alors que celui de la société se trouve injustement affecté"⁷⁵

En définitive, l'analyse de tous ces arrêts et aussi de toutes ces critiques laisse penser que la Cour de cassation n'engageait la responsabilité personnelle des dirigeants que de manière très exceptionnelle. Cela a fait remarquer à une partie de la doctrine que la notion de faute séparable des fonctions était en réalité un moyen de consacrer l'irresponsabilité de fait des dirigeants, de sorte que la faute séparable des fonctions restait en pratique "introuvable"⁷⁶. C'est donc au vu de toutes ces critiques autour de la notion, que la Chambre commerciale s'est remise en question. Elle s'est alors engagée sur la voie d'une définition afin de faire cesser toutes controverses doctrinales. Aussi, dans un célèbre arrêt du 20 mai 2003, défini-t-elle, pour la première fois, la faute séparable des fonctions.

PARAGRAPHE 2: LA RECENTE DEFINITION DE LA FAUTE SEPARABLE DES FONCTIONS

Ce n'est qu'en 2003 que la Chambre commerciale de la Cour de cassation s'est enfin décidée à donner une définition à la faute séparable des fonctions tant controversée par la doctrine. Aussi, l'analyse de cette partie portera-t-elle essentiellement sur les critères retenus par la Chambre commerciale dans sa définition, avant de voir la position actuelle de la jurisprudence sur la notion.

A: Analyse et portée de l'arrêt "Seusse" du 20 mai 2003

Dans son arrêt rendu le du 20 mai 2003, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence sur la faute séparable des fonctions. Bien plus, elle définit cette notion, au travers de trois critères cumulatifs. Ainsi, aux termes de son attendu de principe, la Cour retient que "la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable des fonctions ; "qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une gravité particulière incompatible avec l'exercice

⁷⁴ CA AIX, 20 septembre 2002, D. Affaires 2002, p. 1821.

⁷⁵ Journée Droit des Sociétés, D. 2004, p. 407 et s.

⁷⁶ VIDAL. D., note sous Cass.com., 28 avril 1998: JCP G, 1998, II, n° 10177.

normal des fonctions sociales"⁷⁷. En l'espèce, un gérant de SARL avait volontairement trompé le fournisseur sur la solvabilité de la société en lui cédant une créance déjà cédée à un tiers. Cela lui avait donc permis de bénéficier de livraison que, sans de telles manœuvres, il n'aurait pu obtenir. Il ressort de cette définition que, désormais, la responsabilité personnelle du dirigeant ne sera engagée que s'il commet une faute qui soit d'abord intentionnelle, ensuite d'une gravité particulière et, enfin, qui soit incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

1) Les critères de la faute séparable des fonctions

***Une faute intentionnelle**

Il s'agit du premier critère retenu par la Cour de cassation dans son arrêt. La faute intentionnelle signifie que le dirigeant doit avoir eu conscience que, par son comportement, il cause un dommage à un autrui. Ainsi, le dirigeant ne doit pas avoir nécessairement eu l'intention de nuire au tiers, mais la seule conscience du dommage suffit, d'une manière générale, le dirigeant doit avoir eu un comportement malhonnête, ou fait preuve d'une mauvaise foi. Cette faute doit donc présenter les caractéristiques d'une faute dolosive. Par conséquent, toute faute liée à l'imprudence ou à la négligence du dirigeant ne serait pas caractérisée comme une faute séparable des fonctions.

*** Une faute d'une particulière gravité**

Le second critère retenu est la gravité de la faute. Selon les termes de la Cour, celle-ci est plus qu'une faute grave, puisqu'elle doit être " d'une particulière gravité". Ce qui ramènerait, en fait, à l'exigence d'une faute lourde, laquelle appelle, en principe, un jugement sévère sur la conduite de son auteur, car elle relève une erreur grossière. En droit commun, la faute lourde apparaît comme celle "qui trahit une impéritie ou une incurie poussée à un degré étonnant"⁷⁸. Ici il n'y a pas d'intention de nuire, ni de mauvaise foi, mais on dirait que le dirigeant le dirigeant a agi expressément. De ce fait, elle se distingue de la faute inexcusable qui, elle doit être d'une gravité exceptionnelle. Les fautes simples ou légères, relevant par exemple d'une erreur de conduite à laquelle tout individu est exposé, et qui procède le plus souvent d'une coupable imprudence ou d'une simple négligence, sont exclues, laissant subsister dans cette situation la théorie de la représentation.

Observons qu'avec le critère de la gravité de la faute, la Cour de cassation a pris en compte les critiques faites par une partie de la doctrine, qui préconisait, en effet, de retenir, comme critère pour engager la responsabilité personnelle des dirigeants, une faute lourde⁷⁹.

***La faute incompatible avec l'exercice normal des fonctions**

C'est le troisième et dernier critère. Il suppose en fait que la faute du dirigeant doit être détachable de ses fonctions sociales. C'est-à-dire que le dirigeant n'a pas agi en qualité d'organe social mais à titre personnel. Cela ne doit sans doute pas être confondu avec l'intérêt

⁷⁷ Cass. com. 20 mai 2003, Bull. Joly, 2003, n° 167.

⁷⁸ CARBONNIER. J. " Droit civil", les biens, les obligations, volume2 , PUF, n° 1072., ISBN 2130547397.

⁷⁹ PETIT et REINHARD, "Responsabilité des dirigeants", RTD com., avr- juin 1997, pp. 287 et s.

dans lequel il agit. En effet, il résulte de cet arrêt que la faute du dirigeant peut être considérée comme séparable de ses fonctions, alors même que ce dernier a agi dans l'intérêt de la société et non pas dans son intérêt personnel. Bien que cela n'étant pas explicitement dit par la Cour, il convient de préciser que la faute commise doit être personnelle. Cela suppose qu'elle doit être commise par le dirigeant lui-même, et non par un représentant ou l'un de ses préposés. En somme, dans cet arrêt, non seulement la Cour confirme la jurisprudence antérieure, mais en plus, elle apporte une construction à la faute détachable des fonctions, qui apparemment est conforme aux propositions qui avaient été faites par une partie de la doctrine, notamment avec la prise en compte de la faute lourde. De même, en exigeant désormais une faute intentionnelle, la Cour s'inspire du droit pénal.

Il convient de remarquer qu'avec cette nouvelle définition, il est probable que certaines fautes auparavant jugées non séparables des fonctions, puissent aujourd'hui être qualifiées autrement. Par exemple, quelle différence fait-on entre le dirigeant qui cède deux fois la même créance en vue de se procurer artificiellement un crédit⁸⁰ et celui qui atteste faussement, dans le même but, que la société est propriétaire des biens pourtant couverts par une clause de réserve de propriété⁸¹ ; ou encore le dirigeant qui déverse une quantité de pétrole non conforme dans les cuves d'une propriété abandonnée à seule fin que le fournisseur ne le récupère pas⁸² ? Dans ce dernier cas, la faute du dirigeant révèle même une intention de nuire.

Précisons également que l'emploi, par la Haute juridiction, de l'expression "il en est ainsi lorsque..." montre que les agissements visés dans le cas d'espèce ne sont pas limitatifs. Ainsi, rien ne semble exclure la possibilité pour la Cour de retenir, dans les prochaines années, d'autres types de fautes séparables des fonctions. Cela aurait le mérite d'élargir la catégorie de faute retenue à l'encontre du dirigeant, mettant désormais fin à sa quasi-irresponsabilité, telle qu'elle avait été consacrée par la jurisprudence antérieure.

En outre, les fautes qui avaient été définies par la Cour, dans son rapport annuel de 1998, c'est-à-dire celles commises pour des mobiles personnels (recherche d'un intérêt personnel, animosité à l'égard de la victime ou encore la vengeance), constituent toujours des fautes séparables⁸³.

Par ailleurs, le professeur Barbiéri en analysant l'arrêt *Seuse*, a estimé que ce dernier procède à l'unification entre la jurisprudence et le droit des sociétés. Pour lui, une faute de gestion est aussi séparable des fonctions. Il affirme en effet que " la violation des dispositions légales ou statutaires spécifiques à une société qu'elle soit ou non intentionnelle et quelle que soit sa gravité est à l'évidence incompatible avec les fonctions directoriales, de sorte que la faute correspondante est, par sa nature même, séparable des fonctions sociales parce qu'elle est exclusive d'un exercice normal de celles-ci"⁸⁴.

Pour d'autres auteurs, la définition donnée par la Cour dans cet arrêt ne saurait résoudre tout les problèmes liés à la faute séparable des fonction, car la recherche d'une faute d'une particulière gravité relèvera bien évidemment de l'appréciation des juges du fond, laquelle

⁸⁰ Cass. com., 20 mai 2003, Rev. soc. 2003, p. 479, note BARBIERI. J-F.

⁸¹ Cass.com. 28 avril 1998, RJDA 7/98, n° 874.

⁸² Cass. com., 27 janvier 1998, Bull. joly, n° 173. note LE CANNU.P.

⁸³ METIVET. J-P, " Les articles 52, al. 1 et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité des dirigeants envers les tiers: Rapport de la Cour de cassation pour 1998, p. 111.

⁸⁴ Rev. Soc., juill- sept 2003, p. 479 et s., note. BARBIERI. J. F .

sera faite *in concreto*. Dès lors, il importe peu que la faute se rattache ou non de l'objet social⁸⁵.

En somme, la définition de la notion de faute donna lieu à plusieurs décisions rendues dans ce sens.

2) Illustrations jurisprudentielles de la faute séparable des fonctions

A été considéré comme ayant commis une faute séparable des fonctions le dirigeant qui:

- ayant cédé le fond de commerce de la société, s'est abstenu de mentionner, lors de sa cession, qu'il était titulaire d'une indemnité de fin de carrière quasi-certaine⁸⁶;
- a passé outre le désaccord l'opposant à l'associé majoritaire de la SARL en ne provoquant pas la réunion d'une assemblée générale pour en débattre avant qu'il ne prenne une décision sociale déterminante⁸⁷;
- blesse un participant par deux coups de poings lors d'une altercation au cours d'un bal dont la société était chargée d'assurer le service d'ordre⁸⁸;
- participe de façon attractive et personnelle à des actes de contrefaçon de marque et de concurrence déloyale dont il a lui-même revendiqué la qualité d'initiateur⁸⁹;
- exploitant une discothèque qui a diffusé la musique sans verser les droits d'auteurs à la Sacem, a refusé obstinément et sans justification de se mettre en règle⁹⁰;
- a commis des actes de contrefaçon de manière délibérée et persistante, pendant plusieurs années, malgré les mises en garde et en dépit des poursuites judiciaires engagées⁹¹;
- a masqué le logo, les couleurs et la marque de la société pétrolière propriétaire du fonds de commerce dont la société qu'il dirigeait était locataire gérant, en les remplaçant, tant sur la station que sur la tracé de l'autoroute, par une image différente et distribué du carburant acheté sur le marché libre pour son propre compte. En agissant de la sorte, la Cour a jugé que le dirigeant s'est placé en dehors du contrat et s'est approprié les fonds de commerce de la société pétrolière. Il résulte donc qu'il n'a pas agi en qualité de dirigeant de la société⁹²;
- n' a pas payé les primes d'assurance d'un véhicule de la société malgré de multiples relances, alors qu'il a ensuite permis à un salarié d'utiliser ce véhicule, lequel a causé un accident⁹³;
- a vendu, en parfaite connaissance de cause, un logiciel ne répondant pas aux spécificités de l'activité du client et qui, en outre, a produit une attestation de livraison faussement datée dans le but de résoudre les problèmes de trésorerie auxquels la société faisait face⁹⁴;

⁸⁵ RTD com., juill-sept 2003, p. 523 et s., note. CHAZAL. J.P, REINHARD. Y.

⁸⁶ CA Besançon, 2 décembre 2003, JCP E 2004, n° 19, 742.

⁸⁷ CA Lyon 3e ch., 27 mai 2004, RJDA 2005, n° 829.

⁸⁸ CA Nancy, 2e ch., 2 juin 2004, RJDA 2006, n° 155, p. 148.

⁸⁹ Cass. com., 7 juillet 2004, n° 02-17.729, RJDA 2004, n° 11, n° 1223, p. 1092.

⁹⁰ Cass. 1ere civ., 16 novembre 2004, n° 02-21.615, RJDA 2005, n° 3, n° 277, p. 237.

⁹¹ Cass. com., 25 janvier 2005, n° 138 F-D, RJDA 5/05, n° 576.

⁹² Cass. com., 8 février 2005, n° 187 F-D, RJDA 5/05 n° 575.

⁹³ Cass. com., 4 juillet 2006, n° 05-13.930, D. 2006, p. 1958, obs. LEINHARD. A.

⁹⁴ CA Colmar, 1er civ., 26 septembre 2006, JCP G 2007, IV, n° 1701.

- interrompt, brutalement et de façon injustifiée, ses relations avec une société du groupe en réduisant à néant son activité, et s'oppose à la désignation judiciaire d'un mandataire demandée par cette société, et enfin cesse la livraison des commandes passées par les clients de cette société⁹⁵;

- a prélevé par anticipation des sommes dans la trésorerie de la société, après avoir pris connaissance d'un litige en devenir entre une société et les tiers, au lieu des pratiquer des provisions⁹⁶;

- a signé des contrats sous licence, alors qu'il savait que les brevets correspondant, pour lesquels il avait personnellement déposé une demande en son nom, n'avaient été ni délivrés, ni publiés⁹⁷.

Cependant, la faute séparable des fonctions n'est pas toujours retenue pour sanctionner les dirigeants. Ainsi, nous citerons ci-dessous les décisions dans lesquelles la faute séparable du dirigeant n'a pas été retenue par les juridictions.

3) Cas dans lesquels la faute détachable des fonctions du dirigeant n'a pas été retenue

- Dans une affaire concernant une SA, la Cour a refusé que soit engagée la responsabilité personnelle d'un directeur général qui avait consenti un cautionnement au nom de la société, alors qu'il n'en avait plus le pouvoir. Sa faute, consistant dans le fait de n'avoir pas vérifié la réalité de son pouvoir, a été jugée comme non séparable de ses fonctions⁹⁸;

- Le président du conseil d'administration d'une SA qui, au nom de cette société, a garanti les engagements d'un tiers sans autorisation du conseil d'administration, n'a pas commis une faute séparable de ses fonctions⁹⁹;

- Le dirigeant qui avait recommandé aux actionnaires d'accepter une offre d'acquisition de leurs titres¹⁰⁰, ou ce lui qui avait commis une erreur d'appréciation sur le risque d'insolvabilité de la société lors de la négociation d'un prêt auprès d'une banque¹⁰¹;

- Le gérant d'une SCI qui, en dépit des difficultés financières rencontrées par la société et notamment le refus de la banque de lui octroyer un prêt, a affirmé dans une lettre-circulaire adressée à ses créanciers que la banque allait se prononcer favorablement à sa demande de prêt¹⁰²;

⁹⁵ Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-13.566, NP, RTDcom. 2008, 128, note LE CANNU.P et DONDERO.B.

⁹⁶ Cass. com., 6 novembre 2007, n° 05-13.402, RJDA 2/08 n° 157.

⁹⁷ Cass. com., 26 février 2008, n° 05-18.569, NP, JCP E 2008, 1523.

⁹⁸ Cass. com., 20 octobre 1998, n° 96-15.418, D. affaires. 1999, chron., p. 111, note SAINTOURENS.

⁹⁹ Cass. com., 18 décembre 2001, n° 2121 F-D, RJDA 5/02 n° 510.

¹⁰⁰ CA Versailles, 13e ch., 17 janvier 2002, Bull. joly 2002, p. 515, note BARBIERI. J-F.

¹⁰¹ Cass. com., 24 septembre 2002, n° 01-03.906, RJDA 2002, n° 12, n° 1288, p. 1091.

¹⁰² Cass. com., 25 janvier 2005, n° 139 F-D, RJDA 5/05, n° 584.

- Les dirigeants qui ont présenté leur société de façon trop flatteuse, en omettant de signaler certaines de ses faiblesses économiques, mais sans que la preuve soit apportée d'un intérêt personnel qu'ils auraient eu d'agir ainsi, dans un dessein illicite¹⁰³;
- Le fait pour un dirigeant de ne pas souscrire des assurances obligatoires de dommages et de responsabilité, alors même qu'un tel défaut de souscription est constitutif d'un délit prévu et réprimé par les articles L.1111-34 du Code de la construction et de l'habitation et L.243-3 du Code des assurances, et qui caractérise une abstention fautive imputable au dirigeant de la personne morale assujettie à l'obligation d'assurance¹⁰⁴;
- La démarche du dirigeant qui prend, au nom de la société, l'engagement de garantir le paiement des dettes d'une filiale sans révéler au bénéficiaire de la garantie la situation économique précaire de la société garante, ne constitue pas une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions¹⁰⁵;
- Le dirigeant d'une société adhérente qui avait demandé le paiement direct de factures transmises au factor, dès lors que ce dirigeant avait pris des initiatives auprès du factor pour éviter au débiteur de la société le risque d'effectuer un double paiement¹⁰⁶;

Et plus récemment, le fait pour un directeur général, qui avait eu connaissance du caractère en partie erroné des prévisions du chiffre d'affaires de sa société diffusées au public, de ne pas les avoir corrigées, ne constitue pas une faute détachable des fonctions engageant sa responsabilité envers l'un de ses souscripteurs d'obligations.¹⁰⁷

Au vu de toutes ces décisions, il ressort que le dirigeant n'engage sa responsabilité personnelle que si sa faute est qualifiée par la Haute juridiction comme étant séparable des fonctions. Se pose alors la question de savoir si la commission d'une infraction pénale par le dirigeant peut constituer une faute séparable des fonctions? A cette interrogation, les réponses diffèrent en fonction de la juridiction qui rend la décision.

S'agissant d'abord de la première Chambre civile, elle a considéré que la commission d'une faute pénale, lorsqu'elle est intentionnelle est incompatible avec l'exercice normal des fonctions du dirigeant. Aussi est-elle assimilable à la faute détachable des fonctions¹⁰⁸. En l'espèce, la Cour de cassation a confirmé l'analyse de la Cour d'appel. Celle-ci avait retenu, tout en se référant au jugement qui avait condamné le dirigeant pour corruption, qu'il avait commis une faute personnelle, détachable de ses fonctions.

S'agissant ensuite de la Chambre criminelle, elle énonce que " le dirigeant d'une personne morale, qui a intentionnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci"¹⁰⁹, bien que l'infraction ait été commise

¹⁰³ Cass. com., 13 décembre 2005, n° 04-11.020, Bull. joly sociétés 2006, p. 636, note BARBIERI. J-F.

¹⁰⁴ Civ. 3e ch., 4 janvier 2006, n° 04-14.731, Bull. civ. III, n° 7.

¹⁰⁵ Cass. com., 20 juin 2006, n° 05-10.052, NP, JCP E 2006, n° 30, 1339.

¹⁰⁶ CA Grenoble, 27 septembre 2006, RJDA 2007, n° 853, JCP E 2007, 1196.

¹⁰⁷ CA Paris, 3e ch. B, 26 juin 2008, RTD COM. 2009, 182, obs. RONTCHEVSKY. N.

¹⁰⁸ Cass. 1ere civ., 6 octobre 1998, RJDA 12-1998, P. 1021, n° 1362.

¹⁰⁹ Cass. crim., 20 mai 2003, n° 02-84.307, RJDA 12/03 n° 1181. voir aussi Cass. crim., 7 septembre 2004, n° 4902 F-D, RJDA 2/05 n° 141.

dans le cadre de ses fonctions dirigeantes. En ne prenant pas en considération la nature détachable ou non des fonctions de la faute, on peut déduire que la Chambre criminelle reconnaît la possibilité au tiers d'agir sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Il semblerait en fait que les juridictions répressives ne se sentent pas concernées par la distinction retenue par les juridictions commerciales et civiles, en effet la chambre criminelle retient systématiquement la responsabilité civile du dirigeant dès lors que sa faute est constitutive d'une infraction pénale.

La Chambre commerciale, quant à elle, admet que la réalisation d'une infraction pénale ne constitue une faute séparable des fonctions que si le dirigeant s'est impliqué personnellement. Ainsi en est-il du dirigeant qui a commis des actes de contrefaçon de marques ? Selon la Cour, il avait agi "de façon active et personnelle"¹¹⁰ ou "de manière délibérée et persistante"¹¹¹. Egalement, le gérant qui omet de régler une prime d'assurance d'un véhicule et d'en informer son salarié de ce que le véhicule n'était plus assuré, commet une faute séparable de ses fonctions¹¹².

Concernant enfin la Chambre civile, elle semble trancher le débat en précisant que la réalisation d'une infraction ne constitue pas une faute séparable des fonctions¹¹³. En l'espèce, La Haute juridiction confirmant un arrêt de la cour d'appel d'Angers avait jugé que "le défaut de souscription d'une assurance obligatoire, même pénalement sanctionné, imputable au dirigeant de l'entreprise assujettie à l'obligation d'assurance, n'est pas séparable des fonctions du dirigeant." En conséquence, la responsabilité civile du gérant de l' EURL à l'égard des tiers n'est pas engagée.

Après avoir étudié les critères désormais retenus par la Haute juridiction pour qualifier une faute séparable des fonctions du dirigeants, et après avoir vu quelques applications jurisprudentielles, il convient maintenant de voir la position actuelle de la jurisprudence sur la question.

B: La faute détachable des fonctions: vers une évolution de la notion?

En 2009, la Cour de cassation élargit le champ d'application de la faute séparable des fonctions. En effet, depuis un arrêt du 10 février 2009, celle-ci peut désormais s'appliquer au dirigeant alors même qu'ils ont agi dans le cadre de leurs attributions. L'étude de cet arrêt nous amènera à comparer la situation des dirigeants de sociétés avec celle des préposés, avant de voir la question du cumul des responsabilités.

1) Apports de l'arrêt Pierre Cardin du 10 février 2009

Jusqu'à un passé très récent, il était difficile de savoir si le dirigeant agissant dans le cadre de ses fonctions pouvait néanmoins commettre une faute qualifiée de détachable en raison de son comportement. Dans une affaire récente, la Cour de cassation a précisé que la faute séparable des fonctions peut exister alors même que le dirigeant n'a pas excédé les

¹¹⁰ Cass.com., 7 juillet 2004, n° 1158, RJDA 11/04 n° 1223.;

¹¹¹ Cass.com., 25 janvier 2005, n° 138, RJDA 5/05 n° 576.

¹¹² Cass.com., 4 Juillet 2006, n° 865 F-PB, RJDA 2/07 n° 1666.

¹¹³ Cass. 3e civ. 4 janvier 2006, Bull. Joly, avril 2006, p. 526 note MESSAÏ BAHRI. S.

limites de ses attributions. C'est dans l'arrêt Pierre Cardin du 10 février 2009¹¹⁴ qu'elle a apporté la précision en ces termes : "En se déterminant ainsi, sans rechercher si les décisions litigieuses ne constituaient pas de la part de leurs auteurs, même agissant dans les limites de leurs attributions, des fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision". En l'espèce, une société bénéficiant des contrats de licence les avait résiliés avant terme et avait été condamnée définitivement pour cela. Le cocontractant victime de cette rupture, ne parvenant pas à obtenir la condamnation de la société, avait actionné en responsabilité personnelle les dirigeants. Mais entre-temps, la société avait été mise en redressement judiciaire. Devant les juges du fond, l'action en responsabilité engagée contre les dirigeants avait été déclarée recevable malgré l'ouverture postérieure d'une procédure de redressement judiciaire. En revanche, ces magistrats avaient débouté les demandeurs au motif que la décision litigieuse – de ne pas provisionner en vue de couvrir les conséquences préjudiciables de la rupture du contrat pour laquelle la société avait été condamnée – relevait de l'exercice même des fonctions directoriales.

Dans cet arrêt, la Cour réaffirme son attachement à la définition de la faute séparable donnée en 2003, mais apporte une précision. Ainsi, même si le comportement reproché au dirigeant s'intègre dans le cadre de sa mission, ce dernier peut malgré tout être déclaré responsable s'il commet une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

En analysant cet arrêt, d'aucuns ont estimé qu'il permet en réalité de s'interroger à nouveau sur l'existence d'autres définitions de la faute séparable¹¹⁵. En effet, si la Cour précise qu'on peut admettre une faute séparable des fonctions, même lorsque le dirigeant a agi dans le cadre de ses attributions, elle ne se prononce pas sur la possibilité de la reconnaître lorsque le dirigeant aura dépassé le cadre légal de ses fonctions. Selon l'auteur Messaï-Bahri, l'arrêt Seusse¹¹⁶ rendu en 2003 par la Cour pourrait autoriser l'interprétation selon laquelle la démonstration d'un dépassement des pouvoirs suffit à établir l'existence d'une faute séparable des fonctions, dans la mesure où la Chambre commerciale, en définissant la faute séparable, a employé l'expression "il en est ainsi...". Cela peut laisser entendre qu'il peut en être autrement et que d'autres fautes peuvent être caractérisées comme étant séparables des fonctions sociales¹¹⁷. Avec cette nouvelle précision, la situation des dirigeants semble désormais s'éloigner de celle des préposés. Il convient donc de faire une comparaison entre la responsabilité de ces deux agents sociaux.

2) Comparaison de la responsabilité des dirigeants à celle des préposés

C'est l'article 1384 alinéa 5 du Code civil qui pose le principe de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés. Il dispose que les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions

¹¹⁴ Cass.com., 10 février 2009, Rev. soc., 2009, n°2, p. 328 et s.

¹¹⁵ MESSAÏ-BARHI, "La responsabilité des dirigeants sociaux", LGDJ, Collection Biblio. Institut André Tunc, t.18, n° 199 et s.

¹¹⁶ Cass. com., 20 mai 2003, Bull. Joly, 2003, p. 786, n°167, note LE NABASQUE. L.

¹¹⁷ Bull. Joly sociétés, mai 2009, pp. 500 et s.

auxquelles ils les ont employés. Cet article, vivement commenté et critiqué, a fait l'objet d'une jurisprudence abondante. En effet, il se posait la question de savoir si une telle responsabilité nécessitait la faute du salarié. Une jurisprudence ancienne a considéré que la responsabilité du commettant ne pouvait être engagée qu'en cas de faute du préposé¹¹⁸. A partir de ce moment, il fallait déterminer les fautes du préposé susceptibles d'engager la responsabilité du commettant. Ainsi, un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation rendu le 19 mai 1988¹¹⁹, énonça que le commettant s'exonère de sa responsabilité lorsque le salarié a agi hors de ses fonctions, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions. Par cette décision, il a été déduit que le salarié est personnellement responsable de ses actes. Toutefois, cet arrêt ne résolvait pas le problème du préposé qui agit dans la limite de ses fonctions et commet une simple faute, causant un préjudice à un tiers. Vers la fin des années 1990, la doctrine, en se penchant sur cette question et aussi en comparant la responsabilité du préposé à celle du dirigeant, avait préconisé qu'il faille retenir le critère de la faute lourde, pour engager la responsabilité de ces deux agents de la société¹²⁰.

La jurisprudence, quant à elle, se prononça véritablement sur la question dans l'arrêt Costedoat du 25 février 2000. En l'espèce, l'Assemblée plénière de la Haute juridiction, au visa des articles 1382 et 1384 alinéa 5 du Code civil, posa le principe selon lequel " n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant"¹²¹. Cet arrêt qui posa le principe de l'immunité civile du préposé pour les dommages qu'il cause aux tiers dans l'exercice de ses fonctions, a connu une certaine évolution jurisprudentielle, qu'il convient ici de retracer. D'abord s'agissant des atténuations de l'arrêt Costedoat:

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans l'arrêt Cousin du 14 décembre 2001, a limité l'immunité civile dont bénéficiait le préposé aux fautes non intentionnelles. La Cour affirma que "... le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre de son commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité à l'égard de celui-ci"¹²².

Dans un arrêt rendu le 13 novembre 2002 par sa première Chambre civile, la Cour avait civilement déclaré un médecin responsable pour les conséquences dommageables d'une faute non intentionnelle "... en raison de l'indépendance professionnelle intangible du médecin dans l'exercice de son art"¹²³. Par cette solution, on peut déduire que le principe dégagé par l'arrêt du 25 février 2000 ne s'applique qu'en présence d'un lien de subordination complet.

Ensuite, il y eut un revirement jurisprudentiel qui réaffirma le principe énoncé par l'arrêt de 2000. En effet, la Chambre civile de la Cour, par deux arrêts du 9 novembre 2004, a censuré les décisions d'appel condamnant, d'une part, un médecin et, d'autre part, une sage-femme sur

¹¹⁸ Civ. 2, 8 oct. 1969, Bull. n° 269.

¹¹⁹ Ass. plén. 19 mai 1988, Dalloz 1988, p. 517 et s.

¹²⁰ RTD com. avril-juin, 1997, p. 287 et s.; voir aussi, AUZERO. G. " L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé", D. affaires, 1998, p. 502 et s.

¹²¹ Ass. plén. 25 février 2000, RJDA 2000, p. 395, obs. DORLY. J-P; D. 2000, jur., p. 673, note BRUN. Ph J-P.

¹²² Ass. plén. 14 décembre 2001, RTD civ., 2002, p. 109, obs. JOURDAIN.P; Bull. civ., n° 17; D. 2002, Jur. p. 1230, note JULIEN. J et Somm., p. 1317, obs. MAZEAUD. D.

¹²³ Dalloz Actualité : www.dalloz.fr.

la base de l'ancienne jurisprudence, en ces termes: "agissant sans excéder les limites de la mission qui leur étaient impartie par l'établissement de santé privé, elles n'engageaient pas leur responsabilité à l'égard des tiers". Ces décisions confirment clairement la jurisprudence "Costédoat" qui avait été atténuée par la jurisprudence antérieure". Cette solution sera rappelée dans un arrêt du 5 octobre rendu par le deuxième Chambre civile de la Cour. En l'espèce, la Cour avait cassé un arrêt condamnant un arbitre de rugby à la suite des blessures provoquées au cours d'un match par des pratiques fautives répétées qu'il avait omis de sanctionner. La Haute juridiction avait ainsi relevé que l'arbitre avait agi dans les limites de sa mission.

Enfin, la première Chambre civile, dans une décision du 12 juillet 2007, sembla à nouveau atténuer le principe d'immunité dégagé par l'arrêt Costédoat. En l'espèce, après avoir rappelé l'immunité civile d'un médecin salarié, exerçant également libéral, condamne son assureur pour l'activité libérale, à indemniser l'assurance de son employeur dont la responsabilité avait été retenue dans le cadre de l'activité salariée du médecin. Cet arrêt a été analysé comme affirmant le fait que l'immunité accordée au préposé n'est pas en réalité un moyen de les "déresponsabiliser"¹²⁴. Au vu de tous ces arrêts, il résulte que la responsabilité des préposés ne peut être engagée lorsqu'ils agissent dans le cadre des missions qui leur ont été confiées par le commettant, sauf à considérer quelques exceptions.

Il ressort finalement de cette analyse ceci : avant l'arrêt du 10 février 2009, la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux se rapprochait quelque peu de celle des préposés car, tout comme ces derniers, les dirigeants ne pouvaient engager leur responsabilité personnelle que si, en excédant les limites de leurs attributions, ils ont commis une faute séparable. Or, l'arrêt de 2009 vient mettre un terme à cette situation en précisant que les dirigeants peuvent désormais commettre une faute séparable des fonctions alors même qu'ils ont agi dans le cadre de leurs missions, engageant ainsi leur responsabilité personnelle. Cette différence de traitement entre les dirigeants et les préposés semble tout de même logique. En effet, le préposé est lié au commettant par un contrat. Il existe entre eux un véritable lien de subordination. Pour cela, il est normal que le dirigeant réponde de toutes les fautes du préposé lorsqu'il aura agi dans la limite des missions qui lui ont été confiées. En revanche, la situation du dirigeant n'est pas exactement la même, s'il est certain, en raison de la théorie de la représentation, que le dirigeant n'est qu'un représentant de la société. De ce fait, seule la responsabilité de celle-ci doit être engagée lorsque le dirigeant, par ses actes, aura causé un préjudice aux tiers. Il est également certain que le dirigeant, contrairement au préposé, n'est pas un simple agent exécutant les ordres du commettant. En effet, le dirigeant bénéficie dans la société de certains pouvoirs, notamment les pouvoirs d'administration, de gestion et même d'un pouvoir de décision. De plus, la société ne peut être comparée à un commettant en ce sens que le dirigeant n'est pas subordonné à la société, comme le préposé au commettant. Cela justifie donc le fait que sa responsabilité est plus souvent engagée que celle du simple préposé.

¹²⁴ informations prises à l'adresse suivante

"http://www.afcan.org/dossiers_juridiques/jurisprudence_resp_civile.html".

3) Quid du cumul des responsabilités de la société et du dirigeant?

Un autre aspect intéressant se dégage de l'arrêt du 10 février 2009. Dans le cas d'espèce, la décision de gestion litigieuse n'avait pas été arrêtée par les seuls dirigeants incriminés de faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal de leurs fonctions. En effet, la décision de ne pas constituer de provision avait été prise par le conseil d'administration et approuvée par l'assemblée générale de la société. Ainsi, prise dans de telles conditions, cette décision litigieuse traduisait une volonté collective. Par conséquent, seule la personne morale devait (comme ont dû le penser les juges du fond), en principe, répondre du dommage causé par une décision qu'elle avait souverainement prise. Les dirigeants, agissant dans la limite de leurs pouvoirs, n'étaient normalement que les exécutants, donc irresponsables à titre personnel. De là découle évidemment la question du cumul des actions en responsabilité. Aussi, les tiers peuvent-ils engager cumulativement la responsabilité de la personne morale et celle de ses dirigeants personnes physiques? La responsabilité personnelle des dirigeants exclut-elle la responsabilité propre de la personne morale?

Comme nous l'avons démontré tout au long de notre étude, les dirigeants, du fait de la personnalité morale, n'engagent pas leur responsabilité personnelle à l'égard des tiers, à moins qu'ils aient commis une faute séparable de leurs fonctions. Ainsi, en l'absence d'une telle faute, seule la responsabilité de la société peut être engagée. Cependant, celle-ci peut se retourner contre le dirigeant dès lors qu'elle peut lui reprocher une faute gestion¹²⁵. A l'inverse, la faute séparable des fonctions engage la seule responsabilité du dirigeant à l'exclusion de celle de la société. Toutefois, la victime ayant agi contre la société et n'ayant pas été indemnisée intégralement par elle, peut poursuivre séparément le dirigeant qui était à l'origine du dommage, si ce dernier a commis des fautes séparables de ses fonctions¹²⁶.

Quelques interrogations subsistent néanmoins sur l'action récursoire que la société peut exercer contre ses dirigeants. En effet, il est difficile d'imaginer que le dirigeant puisse exercer contre lui-même une action récursoire au nom de la société. Concrètement, l'initiative ne peut venir que des minoritaires agissant *ut singuli* ou encore de la nouvelle équipe dirigeante lorsque les anciens dirigeants ne sont plus en fonction.

En définitive, l'analyse de ce chapitre révèle que, bien qu'il existe une pluralité de textes prévoyant la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, ce n'est que la faute détachable des fonctions, création jurisprudentielle, qui permettra effectivement d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard des tiers. Cependant, quoique reconnue depuis une trentaine d'années, ce n'est que récemment que la jurisprudence, en raison de toutes les critiques auxquelles donna lieu l'application de cette notion, se décida enfin à la définir. Ainsi, le dirigeant ne peut être condamné que lorsqu'il commet une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions. Toutefois, un arrêt remarquable de 2009 semble élargir le domaine d'application de la faute

¹²⁵ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2007, n° 06-12317: Dr. sociétés 2007, n° 151, obs. MORTIER.R.

¹²⁶ Cass. com., 25 janvier 2005, n° 138 F-D, RJDA 5/05, n° 576.

séparable des fonctions. En effet, le dirigeant pourra désormais voir sa responsabilité personnelle engagée alors même qu'il agit dans les limites de ses attributions sociales.

Le cadre juridique de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers étant ainsi défini, nous analyserons maintenant la mise en œuvre de cette responsabilité.

CHAPITRE 2: LA MISE EN OEUVRE DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS

La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, quoique spéciale, est soumise à un régime(section). De même, elle n'échappe pas aux conditions générales d'existence de toute responsabilité(section2).

SECTION 1: CONDITIONS GENERALES D'EXISTENCE DE LA RESPONSABILITE

Pour être mise en œuvre, la responsabilité des dirigeants nécessite la réunion de certains éléments(paragraphe1). Par ailleurs, des causes d'exonération peuvent limiter cette responsabilité (paragraphe2).

PARAGRAPHE 1: LES ELEMENTS FONDAMENTAUX DE LA RESPONSABILITE

Comme pour toute responsabilité, le tiers qui engage la responsabilité du dirigeant doit prouver la faute de ce dernier, le dommage résultant de cette faute et le lien de causalité existant entre la faute et le préjudice subi.

A: La faute : condition essentielle d'engagement de la responsabilité

La mise en cause de la responsabilité est subordonnée à la réunion de diverses conditions. Parmi celles-ci, la faute occupe une place importante car elle est essentielle à toute action.

1) La preuve de la faute

Comme nous l'avons démontré dans le chapitre précédent, le tiers ne pourra engager la responsabilité personnelle du dirigeant que s'il commet une faute séparable des fonctions. Pour cela il faudrait que le tiers prouve cette faute.

La situation est différente lorsque, conformément aux articles L.225-251, alinéa 1 ou L.223-22 du Code de commerce, le dirigeant enfreint aux dispositions légales ou statutaires. Dans ce cas, la seule existence de ces infractions suffit à faire présumer la faute du dirigeant, car on considère généralement qu'en tant représentant social, il a une obligation de résultat. Par conséquent, il se doit de ne pas se rendre coupable de ces manquements. Comme tout fait

juridique, la preuve du dirigeant peut, en vertu du droit commun, être démontrée par tous les moyens. Le tiers pourrait donc utiliser tout moyen pour démontrer le caractère intentionnel de la faute, ou encore il pourra prouver le comportement frauduleux qu'aura eu le dirigeant. Le demandeur pourrait par exemple utiliser les différents documents rédigés à l'occasion des actes les plus importants, notamment un procès-verbal de délibération du conseil d'administration. Mais cela n'est pas toujours facile, surtout si, dans une volonté de protection des dirigeants, ces documents sont mis hors de portée des tiers, ou même des associés.

D'une manière générale, pour faciliter la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants, le droit des sociétés met plusieurs mécanismes à la disposition des demandeurs d'action, à savoir: l'expertise de gestion, l'expertise de prévention et le dispositif d'alerte.

S'agissant de la demande d'expertise de gestion, la loi la réserve à certaines formes sociétaires, notamment aux SARL¹²⁷ et aux sociétés par actions¹²⁸. Elle permet aux associés, au comité d'entreprise et au ministère public, qui estiment ne pas être suffisamment informés, d'avoir une bonne connaissance de certaines opérations déterminées dans la mesure où ceux-ci voudraient engager une action en responsabilité contre le dirigeant. Cette demande ne concerne que les opérations de gestion, c'est-à-dire seulement les mesures prises par les organes de gestion, à l'exclusion des décisions prises par les associés.

La demande de prévention¹²⁹ est ouverte, quant à elle, à toute personne disposant d'un motif légitime. Elle permet en plus de conserver les preuves en cas de risque de déperissement, et de les établir lors d'un litige futur. Elle participe donc à l'information du demandeur¹³⁰.

Et concernant le dispositif d'alerte, il s'agit d'une mesure instaurée par la loi n° 54-148 du 1er mars 1984, complétée par le décret 85-295 du 1er mars 1985 et modifiée par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994. Elle est destinée à attirer l'attention des dirigeants sur tous faits pouvant mettre en danger la survie de l'entreprise, et à les emmener à prendre des mesures nécessaires pour redresser la situation de la société. L'absence de réponse des dirigeants aux questions posées par les titulaires du droit d'alerte¹³¹ peut constituer une preuve de leur faute.

Précisons que tous ces mécanismes prévus par le droit de société pour faciliter la preuve de la faute du dirigeant sont réservés aux agents internes de la société, en l'occurrence les associés ou les actionnaires. En réalité, pour les tiers, la qualification de faute séparable des fonctions relève de l'appréciation souveraine des Juges.

2) Le moment de la commission de la faute

Le dirigeant qui n'est plus en fonction ne peut, en principe, répondre des conséquences des actes auxquels il est étranger. Par conséquent, après son départ de la société, aucun fait susceptible de mettre en cause sa responsabilité ne devrait survivre. Mais le fait ; pour le

¹²⁷ C. com. art. L.223-37

¹²⁸ C. com. art. L.225-231 pour les SA., sur renvoi de l'art. L.226-1, al. 2 pour les SCA et sur renvoi de l'art. L.227-1, al.3 pour les SAS.

¹²⁹ CPC art. 145.

¹³⁰ CA Paris 6 février 2008, n° 07-15895, Dr sociétés juillet 2008, n° 142, obs. COQUELET. M.-L.

¹³¹ C. travail. art. L.2323-78.

dirigeant, de ne plus être en fonction ne doit pas constituer un moyen d'échapper à sa responsabilité. Il demeure responsable des faits préjudiciables qui lui sont imputables¹³². Aussi, le dirigeant ne doit être déclaré coupable que pour les fautes commises lorsqu'il était encore en fonction. Il peut donc être poursuivi pour des fautes antérieures à la cessation de ses fonctions, sauf en cas de prescription¹³³. A l'inverse, la responsabilité du dirigeant ne peut être mise en cause pour des fautes antérieures à son entrée en fonction ou ayant pris naissance postérieurement à la cessation de ses fonctions. Pour cela, il faudrait que le départ du dirigeant de la société soit porté à la connaissance des tiers, notamment par une inscription au registre du commerce et des sociétés, laquelle conditionne l'opposabilité au tiers.

La responsabilité personnelle du dirigeant peut être mise en cause pour des fautes portant sur la période pendant laquelle il n'était plus ou pas en fonction, à condition qu'il existe un lien entre la faute commise par le véritable auteur et sa volonté fautive. De ce fait, il peut par exemple être tenu pour responsable, pour partie, de la faute de son prédécesseur ou de son successeur si celle-ci a pour origine sa propre faute. Ainsi, en est-il des omissions, du fait de son prédécesseur, que comporte la convocation d'une assemblée générale envoyée quinze jours après la prise de fonctions d'un dirigeant¹³⁴, ou d'une décision de distribution de dividendes qui avait été adoptée avant la nomination mais exécutée après celle-ci¹³⁵, ou encore des affirmations mensongères insérées dans des publicités écrites par un conseil d'administration démissionnaire, mais publiées à l'initiative des nouveaux dirigeants¹³⁶.

En matière civile, la faute n'est qu'un élément de la responsabilité. Seule, elle ne peut suffire à l'engager. Il faut également que d'autres conditions soient remplies.

B: Les autres conditions d'engagement de la responsabilité: le dommage et le lien de causalité

La condamnation du dirigeant suppose en plus de la faute, que les tiers aient subi un dommage et que soit démontré un lien de causalité entre la faute du dirigeant et le préjudice subi par les tiers.

1) Le dommage

Pour que le dirigeant soit condamné, le tiers doit avoir subi un dommage. Lorsque la faute ne produit pas des conséquences dommageables, le dirigeant ne sera pas considéré comme coupable. Il a été jugé que l'absence du dommage est assimilée à un dommage réparé. Il en est de même quand le dirigeant procède immédiatement à la réparation due, ou encore comble avec ses bien personnels et sans qu'il lui soit demandé, le passif social dont il s'estime coupable¹³⁷. Conformément au droit commun de la responsabilité, pour être réparable, le dommage doit être direct, certain, actuel, personnel et porter atteinte à un droit acquis. Il a été

¹³² CREFF. G " La responsabilité des dirigeants sociaux retirés: RTD com. 1978, p. 479.

¹³³ Cass. com., 21 juillet 1980, Bull. civ., n° 314; Cass. com., 11 octobre 1988, Bull. Joly 1988, p. 925, note LE CANNU. P.

¹³⁴ Cass. crim., 11 mai 1981, D. 1982, p. 653 note BOULOC.

¹³⁵ Cass. crim., 19 novembre 1987, D. 1988, p. 191.

¹³⁶ CA Paris 31 janvier 1985, Rev. soc. 1985, p. 414.

¹³⁷ Cass. com., 3 novembre 1975, Bull. civ. IV., n° 252.

analysé que, en réalité, seule le caractère certain du dommage constitue la caractéristique essentielle. En effet, le caractère direct se rapproche beaucoup plus du lien de causalité entre le dommage et la faute. Quant à l'exigence de l'actualité du dommage, cela peut se discuter. Un préjudice futur peut être pris en compte dès lors qu'il apparaît comme "le prolongement direct et certain d'un état de chose actuel et qu'il peut être immédiatement évalué"¹³⁸. Le dommage s'analyse comme une perte ou comme la privation d'un gain. C'est au demandeur, en l'espèce au tiers, de rapporter la preuve du dommage¹³⁹, lequel sera évalué par les juges en fonction de la perte subie par la société.

Le dommage personnel au tiers est réparé par une action individuelle de ce dernier. Selon le droit commun, si la réalité du dommage n'est pas démontrée par le demandeur, ce dernier peut lui-même être condamné à indemniser le dirigeant dès lors que son action est considérée comme malveillante, ou repose sur des motifs masquant une querelle personnelle. Dans ce cas, elle s'analyse comme un abus de droit justifiant ainsi une réparation du fait du discrédit subi par l'intéressé¹⁴⁰.

2) Le lien de causalité

Le lien de causalité constitue le dernier élément constitutif de la responsabilité. Le tiers qui veut engager la responsabilité personnelle du dirigeant doit démontrer l'existence "d'une relation de cause à effet entre la faute et le préjudice"¹⁴¹. L'établissement du lien de causalité suppose la preuve, non seulement d'une faute du dirigeant, mais aussi d'un dommage résultant de la faute. Mais dans certains cas, cette relation peut être difficile à prouver. D'abord, lorsque la faute du dirigeant n'est pas la seule cause du dommage, et que celui-ci peut se combiner avec d'autres facteurs qui peuvent parfois être plus déterminants. Ensuite, lorsque dans les faits reprochés au dirigeant, il est quasiment impossible d'identifier l'élément décisif dans la production du dommage du fait de leur ancienneté. Par ailleurs, il ne faut pas assimiler la faute au lien de causalité. En effet, si, de manière générale, la preuve de la faute et du dommage fait naître l'idée selon laquelle le préjudice résulte de la faute, le lien de causalité doit cependant être constaté de manière certaine. L'exigence d'une telle certitude permet d'éviter le fait qu'une faute soit rattachée au dommage sans pourtant en être la cause réelle. Par exemple, la faute de gestion du gérant caractérisée par l'absence de convocation des associés en assemblée générale n'a aucun lien de causalité avec le préjudice allégué par l'associé, résultant de son impossibilité d'apprécier la situation financière de la société¹⁴². La preuve du lien de causalité se rapporte par tous moyens. Selon l'article 1353 du Code civil, la preuve peut même être rapportée par des présomptions, à condition qu'elles soient graves, précises et concordantes. Cette preuve est néanmoins soumise au contrôle de la Cour de cassation.

¹³⁸ LE TOURNEAU. Ph. et CADIET. L. " Droit de la responsabilité", p. 212, n° 667, D. 1998.

¹³⁹ Cass. crim., 14 octobre 1991, Rev. soc. 1992, p. 782, note BOULOC.B.

¹⁴⁰ CA Paris 29 novembre 1994, Bull. Joly 1995, p. 177.

¹⁴¹ LEFEBVRE Francis. Dossiers Pratiques, " Maîtrise des risques du dirigeant" Edition Francis LEFEBVRE, 2009, p. 23. ISBN:978-2-85115-825-3.

¹⁴² Cass. com., 27 septembre 2005, n° 1316 F-D, Bull. Joly 2006, p. 512 note SHOLER. P.

Après avoir montré les éléments fondamentaux nécessaires à l'engagement de toute responsabilité, étudions maintenant les cas où le dirigeant peut s'exonérer de sa responsabilité.

PARAGRAPHES 2: L'EXONERATION DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS

Il existe plusieurs situations pouvant justifier l'exonération de la responsabilité des dirigeants. Cependant, cette exonération ne peut résulter des clauses statutaires.

A: Les clauses statutaires

Conformément aux articles L.223-22, alinéa 4, pour les SARL, et L.225-253 pour les SA du Code de commerce, est réputée non écrite toute clause statutaire ayant pour objet de faire obstacle à l'exercice de l'action en responsabilité à l'encontre des dirigeants, notamment en subordonnant l'exercice d'une action en responsabilité à l'avis ou à l'autorisation de l'assemblée. Respectivement, les alinéas 5 et 2 des articles précités précisent qu' "aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité" contre les gérants "pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat". Cette solution, justifiée par le fait que la responsabilité des dirigeants est d'ordre public, conduit à déclarer la nullité de toutes clauses statutaires prévoyant l'exonération des dirigeants. Seules les causes légales, prévues par le droit commun, peuvent être admises. Mais les associés possèdent la possibilité de les écarter dans les statuts. En outre, la jurisprudence considère que la méconnaissance, par le dirigeant, des dispositions légales ou statutaires ne peut le soustraire de sa responsabilité, même si celle-ci a été entérinée par l'assemblée générale des actionnaires¹⁴³, ou encore imposée par l'actionnaire majoritaire de la société¹⁴⁴.

En dehors des clauses des statuts qui ne peuvent valablement exonérer les dirigeants sociaux, certaines situations peuvent néanmoins justifier l'exonération de leur responsabilité.

B: Les causes d'exonération

Plusieurs causes peuvent conduire à exonérer les dirigeants de leur responsabilité.

D'abord la force majeure. Selon les dispositions de l'article 1148 du Code civil, les dirigeants peuvent être exonérés en tout ou partie de leur responsabilité en cas de force majeure ou à la suite d'un cas fortuit. La force majeure s'entend comme un évènement extérieur à la fois imprévisible et insurmontable, ayant empêché le dirigeant d'exécuter son obligation. Le cas fortuit est également un évènement externe, absolument étranger à la personne du dirigeant. Par exemple, catastrophe naturelle, guerre, fait causer à la société par un tiers. Mais à part ces cas habituels de force majeure, le dirigeant pourra éventuellement rapporter la preuve de toute manœuvre dolosive l'ayant empêché d'exécuter ses obligations. Sera ainsi exonéré de sa responsabilité, le dirigeant qui n'a pu payer à temps les cotisations patronales de sécurité sociale, dès lors que l'actif de la société avait été absorbé par des impôts

¹⁴³ Cass. com., 7 octobre 1974, n° 73-13.067, JCP G 1975, II, n° 18129, note GRUA.

¹⁴⁴ CA Paris, 16 mai 1978, Rev. soc., 1979, p. 72, note J.G.

et des taxes¹⁴⁵, ou encore, le gérant d'une SARL qui n'a pu remplir normalement ses fonctions en raison des circonstances de guerre¹⁴⁶.

Ensuite la conformité à l'objet social. Le dirigeant, dès lors qu'il est tenu d'une simple obligation de moyen, peut, pour s'exonérer de sa responsabilité, démontrer que son acte de gestion bien que préjudiciable à la société, est conforme à l'objet ou à l'intérêt social¹⁴⁷. De même, il a été jugé que le gérant d'une société civile, qui avait pour objet de donner à bail des locaux professionnels, n'a pas commis de faute en louant l'immeuble social selon des modalités désavantageuses pour la société, en cautionnant des prêts souscrits par le locataire de cet immeuble et en concluant l'achat d'un autre immeuble, lequel s'est avéré ruineux pour la société en raison de nombreuses circonstances¹⁴⁸.

Enfin, la délégation de pouvoirs, par le dirigeant, peut constituer une cause d'exonération de responsabilité. En effet, il arrive des situations où, compte tenu de l'importance de ses responsabilités, le dirigeant va déléguer une partie de ses pouvoirs. Le transfert de pouvoir ne s'applique néanmoins pas à tous les aspects de la responsabilité. Ainsi est exclue la responsabilité civile des dirigeants, laquelle constitue l'objet de notre étude. Elle concerne particulièrement le droit pénal, mais aussi le droit du travail, de la sécurité et de l'hygiène, dans lequel la jurisprudence accepte la délégation de pouvoirs faite à un cadre salarié pour l'accomplissement des fonctions relevant en principe des prérogatives d'un dirigeant¹⁴⁹. Par ailleurs, une délégation générale ne peut exonérer le dirigeant de toute sa responsabilité, car celle-ci ne concerne que des responsabilités spécifiques¹⁵⁰. En outre, le transfert des pouvoirs sur un même travail ne peut être fait à plusieurs personnes¹⁵¹.

D'une manière générale, il ressort que le droit de la responsabilité prévoit des situations dans lesquelles le dirigeant peut être exonéré de sa responsabilité, mais cette exonération ne peut résulter des clauses statutaires. Cependant, il convient de préciser que toutes ces causes d'exonération ne sont valables, en réalité, que pour les agents internes de la société. En effet, à l'égard des tiers, il sera en pratique difficile, pour un dirigeant, de s'en prévaloir, du fait du statut particulier des tiers. De plus, s'agissant de la délégation des pouvoirs, c'est une cause qui est d'emblée exclue car elle n'intègre pas la responsabilité civile des dirigeants.

L'analyse des conditions générales de mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants étant accomplie, étudions maintenant le régime de cette responsabilité.

¹⁴⁵ Civ. 2e ch., 25 janvier 1963, Bull. civ., II, n° 89.

¹⁴⁶ Cass. com., 20 mai 1974, Bull. civ., IV, n° 163.

¹⁴⁷ Cass. com., 7 octobre 1974, n° 73-13.067, NPT, RTD com., 1976, 544, obs. HOUIN. R.

¹⁴⁸ Cass. 3e civ. 2 octobre 2001, n° 1315 F-D, RJDA, 1/02 n° 61.

¹⁴⁹ SEILLAN. H, "La délégation des pouvoirs en droit du travail", JCP E 1985, II, 14428.

¹⁵⁰ Cass. crim., 11 mars 1991, n° F 90-83.855 P, RJDA, 5/91 n° 418; Rev. soc. 1991, p. 565.

¹⁵¹ Cass. crim., 19 mars 1996, n° 1467 D, BRDA 16/96, p. 4.

SECTION2: LE REGIME DE LA RESPONSABILITE

La mise en œuvre de la responsabilité personnelle des dirigeants résulte de l'exercice d'une action en justice (paragraphe1), laquelle doit aboutir à la condamnation des dirigeants (paragraphe2).

PARAGRAPHE 1: L'EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITE

L'engagement de la responsabilité personnelle des dirigeants ne peut résulter que d'une action individuelle, encore faudrait-il qu'elle soit introduite devant la juridiction compétente

A: Les parties à l'action en responsabilité

L'exercice d'une action en responsabilité suppose un demandeur et un défendeur.

1) Demandeurs à l'action en responsabilité

L'action en responsabilité peut être exercée, selon les cas, par la société, les associées ou les tiers. Mais dans notre étude, nous n'analyserons que l'action individuelle intentée par ces derniers.

Le tiers est une personne extérieure à la société. Aussi, lorsqu'il agit, c'est pour obtenir la réparation d'un préjudice personnel causé par la faute du dirigeant. Contrairement à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, cette action n'est pas attirée, c'est-à-dire qu'elle peut être exercée par toute personne ayant subi un préjudice personnel, à condition évidemment de prouver la faute du dirigeant qui soit séparable de ses fonctions. Au nombre des tiers pouvant agir, on retrouve généralement les créanciers de la société avec lesquels le dirigeant, dans sa fonction de mandataire social, a pu contracter.

En principe, les obligataires ou porteurs de parts de fondateurs ne peuvent intenter une action individuelle, à moins, là encore, d'établir la preuve d'un préjudice personnel. Conformément à l'article L.228-54 du Code de commerce, ils doivent intervenir par le canal de leurs représentants, lorsque l'action en responsabilité vise la défense de leurs intérêts communs. Egalement, la constitution de partie civile dans le but d'obtenir la réparation du préjudice causé par l'infraction d'abus de biens sociaux devant la juridiction répressive, est souvent refusée pour manque d'établissement d'un préjudice personnel et direct. C'est ainsi qu'elle a été refusée à un créancier social¹⁵², à un syndicat professionnel¹⁵³, à un salarié¹⁵⁴, et même à un commissaire aux comptes, puisque celui-ci n'a pas d'intérêt personnel et direct à engager la responsabilité des dirigeants. Néanmoins, il peut provoquer la réunion de l'assemblée générale des actionnaires¹⁵⁵. Il résulte donc de la jurisprudence qu'en ces cas d'infraction d'abus de bien sociaux commise par les dirigeants, seule la société peut demander la réparation du préjudice qu'elle a subi.

¹⁵² Cass. crim., 27 juin 1995, n° 3064 P, RJDA 11/95, n° 1244.

¹⁵³ Cass. crim., 11 mai 1999, n° 1888 PF, RJDA 11/99, n° 1214.

¹⁵⁴ Cass. crim., 7 mars 2000, n° 1722 D, RJDA 9-10/00, n° 875.

¹⁵⁵ Cass. crim., 29 novembre 1960, JCP G 1961, II n° 12136, note BOUZAT. P.

Parmi les personnes pouvant engager une action individuelle, figurent également les associés, lorsque la faute du dirigeant leur cause un dommage personnel. La jurisprudence admet en effet, depuis longtemps, la possibilité pour les associés d'engager personnellement la responsabilité du dirigeant lorsque la faute commise par lui leur aura causé un préjudice individuel et distinct de celui subi par la société¹⁵⁶. L'action individuelle de l'associé s'oppose ainsi à l'action *ut singuli* dont le but est la réparation du préjudice social.

* Action individuelle de l'associé, en réparation d'un préjudice personnel

Cette action est implicitement reconnue aux associés de la SARL par l'article L.223-22, alinéa 3, du Code de commerce, aux actionnaires de la SA par l'article L.225-251 du Code de commerce, et aux membres des autres sociétés par l'article 1843-5, alinéa 1, du Code civil. L'exercice de cette action par l'associé suppose qu'il demande la réparation d'un préjudice personnel, c'est-à-dire un préjudice qui n'a aucun lien avec celui subi par la société. Les hypothèses de préjudices individuels se rencontrent souvent lorsque le dirigeant a méconnu le droit des associés ou a commis une infraction au droit des sociétés, ayant entraîné un préjudice individuel, ou encore, lorsqu'il a usé de manœuvres dolosives à l'égard de l'associé. A ce propos, citons quelques illustrations:

- Le détournement par un dirigeant des dividendes revenant à un associé, ou le fait pour les dirigeants d'induire des associés minoritaires en erreur de manière intentionnelle, sur les causes et les conditions d'une réduction de capital, pour racheter leurs titres à moindre coût¹⁵⁷;
- Le fait de ne pas informer les actionnaires sur la nécessité de présenter leur titre en vue d'une mise au nominatif¹⁵⁸;
- La mise à l'écart injustifiée d'un actionnaire lors des assemblées générales¹⁵⁹;
- La surévaluation des apports par le commissaire aux comptes et l'actionnaire apporteur, ayant causé à l'actionnaire un préjudice qui n'était pas le corollaire de celui subi par la société¹⁶⁰;
- Le fait de provoquer des difficultés financières d'une seconde société pour pouvoir en prendre le contrôle au moyen d'une augmentation de capital imposée aux actionnaires par le menace d'une ruine de la seconde société¹⁶¹;
- La publication par la société d'un avis erroné ayant conduit les actionnaires à céder leurs actions au cours d'une bourse, perdant de ce fait les possibilités d'apporter leurs titres à une garantie de cours ultérieure¹⁶²;

¹⁵⁶ Civ. 26 novembre, 1912, DP 1913, I, 377, note THALLER. E.

¹⁵⁷ Cass. com., 8 novembre 2005, Bull. Joly 2006, n° 99, p. 502, note DAIGRE. J.-J.

¹⁵⁸ Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-16.110, NPT, Bull. Joly 1992, p. 775, note LEPELTIER. D.

¹⁵⁹ CA Montpellier 17 décembre 1930, DP 1933 II, p. 45.

¹⁶⁰ Cass. com., 28 juin 2005, n° 983 FS, RJDA 10/05, n° 1107.

¹⁶¹ Cass. com., 18 février 1997, n° 94-19.790, RJDA 1997, n° 569.

¹⁶² CA Paris, 26 sept. 2003, JCP E 2003, pan. 1692.

- Il a également été jugé recevable la constitution de partie civile d'un associé agissant à titre individuel en réparation d'un préjudice personnel résultant du délit de présentation ou de publication de comptes infidèles¹⁶³;

L'analyse de ces exemples conduit à faire le constat selon lequel, dans toutes ces décisions, il y a effectivement eu un préjudice individuel subi par l'associé, indépendamment de la personne morale. Cependant, tout se passe comme si c'était le dirigeant de la société qui est personnellement engagé, alors même que c'est vis-à-vis de la société que l'associé est titulaire de droit individuels, sur le fondement du contrat de société. C'est ce constat qui emmena la cour d'appel de Versailles dans une décision rendue le 17 janvier 2002, à affirmer que, les actionnaires en demandant la réparation de leur préjudice individuel, exercent l'action des tiers. La cour d'appel a ainsi tiré pour conséquence que les actionnaires ne peuvent exercer cette action contre le dirigeant de la société qu'à la condition de démontrer une faute séparable des fonctions commise par lui¹⁶⁴.

En revanche, il est constant pour la jurisprudence de ne pas admettre les actions individuelles de l'associé qui invoque l'indemnisation de la perte de valeurs de ses titres due à une mauvaise gestion du dirigeant. Ce préjudice est considéré comme n'étant, en réalité, que le corollaire de celui subi par la société. On peut ainsi retenir les exemples suivants:

- L'amointrissement du capital social du fait de la revente à un tiers d'un bien immobilier par un administrateur de la société, alors que ce dernier avait déjà vendu ce bien à la société¹⁶⁵;
- Le détournement de trésorerie entraînant une perte de dividendes¹⁶⁶;
- La ruine de la société, organisée volontairement par son dirigeant, ayant ainsi entraîné la perte quasi-totale de la valeur des parts sociales¹⁶⁷;
- La réduction puis l'augmentation du capital, justifiées par d'importantes pertes sociales¹⁶⁸;
- La perte de valeur des parts sociales d'un associé due à la faute d'un tiers à l'égard de la société¹⁶⁹.

Dans le cadre de cette action individuelle exercée par l'associé, les dommages-intérêts sont personnellement alloués aux associés et non à la société en réparation du préjudice subi par eux¹⁷⁰. Conformément à l'article 1166 du Code civil, les créanciers personnels des associés peuvent également agir en responsabilité par la voie oblique, en intentant l'action individuelle ou l'action *ut singuli* dans les mêmes conditions que leur débiteur.

¹⁶³ Cass. crim. 30 janvier 2002, n° 663 F-PF, RJDA 6/02 n° 646; JCP G 2002 I, n° 188, §5.

¹⁶⁴ CA Versailles, 17 janvier 2002: Bull. Joly, 2002, p. 515, p. 111, note BARBIERI. J-F.

¹⁶⁵ Cass. com., 21 septembre 2004, n° 1241 F-D, RJDA 12/04, n° 1326.

¹⁶⁶ CA Paris, 6 décembre 2002, Bull. Joly 2003, p. 474, note BARBIERI.

¹⁶⁷ Cass. com., 19 avril 2005, n° 641 F-D, RJDA 7/05, n° 813.

¹⁶⁸ Cass. com., 1er avril 1997, n° 94-18.912, NPT, RJDA 5/97, n° 659.

¹⁶⁹ CA Versailles, 13 septembre 2005, n° 04-1262, 12 e ch. sect. 1.

¹⁷⁰ Cass. com., 8 novembre 2005, n° 04-10.906, BRDA 23/05, n° 1.

Cependant, cette action est fermée au demandeur qui a perdu la qualité d'associé ou d'actionnaire au jour où l'action est formée, même si elle vise à réparer un préjudice survenu alors que l'intéressé avait encore cette qualité¹⁷¹. En outre, lorsque plusieurs actionnaires souffrent directement et personnellement d'un préjudice provenant des mêmes faits, ils peuvent se grouper pour désigner l'un ou quelques-uns d'entre eux afin d'exercer l'action individuelle en leur nom devant les juridictions civiles. Ce procédé à l'avantage d'être moins coûteux que des démarches séparées. Pour cela, il faut que deux conditions soient remplies. D'abord, le mandat de représentation doit obligatoirement être écrit et mentionner expressément qu'il donne au mandataire le pouvoir d'exercer les voies de recours. Ensuite, la demande en justice doit indiquer les coordonnées de chacun des mandants (nom, prénom et adresse) et aussi le nombre d'actions tenus par chacun, et le montant de l'indemnité demandé¹⁷².

2) Défendeur à l'action en responsabilité

Le défendeur est naturellement le dirigeant dont la responsabilité personnelle est mise en cause. Est considérée comme dirigeant social, toute personne disposant d'un pouvoir à la direction de la société. Le dirigeant s'identifie également comme le représentant légal de la société. Il peut donc engager la société vis-à-vis des tiers. Il existe, d'un côté, les dirigeants de droit légalement investis d'un pouvoir de direction ou d'administration de la société, et de l'autre, les dirigeants de fait, qui sans avoir été régulièrement investis de pouvoir de direction, assument en fait la direction de la société, sous le couvert et en lieu et place des représentants légaux. Cependant, les dirigeants de fait échappent aux règles concernant la mise en responsabilité civile des gérants de SARL ou des dirigeants des SA¹⁷³. Leur responsabilité est par conséquent appréciée selon les règles du droit commun¹⁷⁴. Ainsi, il est généralement admis que la direction de fait engendre des responsabilités, mais ne crée pas le droit.

Compte tenu des développements qui seront faits dans notre deuxième partie sur la notion de dirigeant, nous n'aborderons donc pas la question en profondeur dans cette partie.

En somme, après avoir analysé les parties à l'action en responsabilité, il convient maintenant de voir quel sera le tribunal compétent pour juger de la responsabilité personnelle des dirigeants.

B: La compétence juridictionnelle

La compétence juridictionnelle, suppose non seulement la compétence d'attribution mais aussi la compétence territoriale.

1) La compétence d'attribution

Selon les dispositions de l'article L.721-3 du Code de commerce, l'action intentée par les associés contre le dirigeant relève de la compétence des tribunaux de commerce, peu

¹⁷¹ Cass. com., 26 janvier 1970, Bull. civ. IV, n° 30.; CA Paris 6 avril 2001, RJDA 10 janvier, n° 982.

¹⁷² C. com. art. R. 225-167.

¹⁷³ Cass. com., 21 mars 1995, n° 615 P, RJDA 7/95 n° 858, Bull. CIV. IV. n° 98.

¹⁷⁴ C. civ. art. 1382.

importe que le dirigeant n'ait pas la qualité de commerçant. De même, s'agissant d'une action intentée par des tiers, la jurisprudence admet la compétence de la juridiction commerciale, à condition que les faits allégués aient un lien direct avec la gestion de la société¹⁷⁵, notamment lorsque le gérant est resté passif après avoir reçu un commandement de payer provenant d'un organisme de crédit-bail, alors qu'il aurait pu de ce fait éviter la résolution du contrat ou solliciter des délais de paiement selon la procédure de référé¹⁷⁶. La même solution sera admise si le dirigeant est une personne morale de droit public¹⁷⁷. Toutefois, l'article L.721-3 du Code de commerce, précité, prévoit la possibilité d'insérer valablement une clause compromissoire dans les statuts.

Par ailleurs, les juridictions répressives sont compétentes dès lors que le dirigeant se rend coupable d'infractions et que la victime se constitue partie civile. Egalement, les juridictions répressives seront compétentes pour connaître les actions sociales exercées *ut singuli*¹⁷⁸, notamment sur le fondement d'abus de biens sociaux. En cas d'inobservation de la procédure par le demandeur d'action, le tribunal peut, au lieu de prononcer l'irrecevabilité de la procédure, octroyer un délai de régularisation.

2) La compétence territoriale

Pour les actions individuelles, en l'occurrence celles pouvant être exercées par les tiers, est compétent le tribunal du domicile du ou des dirigeants dont la responsabilité est mise en cause. Par ailleurs, en tenant compte de la production du fait dommageable au lieu d'exercice d'activité de la société, le tribunal dudit lieu peut également être compétent, conformément à l'article 46 du Code de procédure civile¹⁷⁹. En l'espèce, il avait été jugé que relève de la compétence de la juridiction commerciale, l'action en dommage intérêts, exercée par un cessionnaire d'actions d'une SA contre les cédants, pour avoir falsifiés des bilans ayant servi à déterminer le prix de cession, dès lors que ces bilans avaient été élaborés et utilisés par les cédants, dans l'exercice de leur fonction et pour procurer des fonds à la société, avec laquelle ils s'identifiaient et qu'ils administraient à leur gré, et que l'action, ainsi fondée sur la responsabilité des dirigeants au cours d'une vente pour des fautes commises dans leur activités gestion, était engagée par un tiers qui avait déclaré avoir subi un préjudice distinct de celui de la société. La Cour affirma à cet effet que, le fait dommageable s'étant produit au lieu où la société à son activité, le tribunal compétent est celui dudit lieu.

Concernant l'action sociale, il ressort de l'article 43 du Code de procédure civile que la juridiction compétente est celle du lieu du siège sociale, car en l'espèce, c'est la personne morale qui est mise en cause.

L'exercice de l'action en responsabilité par les demandeurs dans les conditions légales aboutit normalement à un résultat.

¹⁷⁵ Cass. com., 7 avril 1967, n° 64-14.121, D. 1968, jur., p. 61, note CALAIS-AULOY.

¹⁷⁶ CA Paris 19 mars 1997, 1er ch. D, RJDA 10/97, n° 1220.

¹⁷⁷ T. conflit 14 février 2000, n° 3113, RJDA 12/00, n° 1131.; Cass. com., 6 février 2001, n° 255 FS-P, RJDA 10/01 n° 1010.

¹⁷⁸ Cass. crim., 19 octobre 1978, D. 1979 jur, p. 153, note J.C., Rev. soc. 1979, p. 872, note BOULOC. B.

¹⁷⁹ Cass. com., 18 juin 1973, Rev. soc., 1975, p. 127, note TOUBIANA. A.

PARAGRAPHE 2: LE RESULTAT DE L'ACTION EN RESPONSABILITE

La mise en jeu de la responsabilité des dirigeants résulte d'une action en justice introduite devant les tribunaux. Elle doit en principe aboutir à la condamnation des dirigeants, encore faudrait-il que l'action soit exercée dans le délai imparti. L'inobservation de ce délai entraîne l'extinction de l'action en responsabilité.

A: L'extinction de l'action en responsabilité

Plusieurs causes peuvent justifier l'extinction d'une action en responsabilité, à savoir, la prescription, le quitus et les renonciations.

1) La prescription

Les articles L.223-23 et L. 225-54 du Code de commerce instituent à l'égard des dirigeants qu'ils visent une prescription relativement courte de trois ans. Cette prescription triennale s'applique. Cette prescription triennale s'applique aussi bien à "des actions engagées par des tiers qu'à des actions sociales dirigées contre le gérant à raison des fautes commises dans sa gestion"¹⁸⁰. Précisons que la prescription triennale a été instituée par la loi du 24 juillet 1966. Elle présente " l'avantage de concentrer dans un laps de temps relativement bref, la période d'incertitude dans laquelle se trouvent les dirigeants sociaux exposés à une action introduite par la société, par les associés et parfois par les tiers"¹⁸¹. Il a été jugé par la Cour de cassation que ce délai ne concernait pas les actions en responsabilité relatives aux fautes du dirigeant commises dans l'exécution d'un mandat social conféré par la société et étranger à l'exercice de ses fonctions¹⁸².

Mais à partir de quel moment le délai de prescription commence-t-il à courir? Le délai de prescription commence à courir à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation.

Pour ce qui est de la connaissance du fait dommageable, cela suppose que tous les éléments de la responsabilité sont réunis, surtout quand les associés ont eu connaissance de toutes les opérations¹⁸³. Aussi, le point de départ commence à courir effectivement, non pas le jour où le fait dommageable a été constaté, mais le jour où il aurait pu être décelé. Cette solution est dégagée par la jurisprudence. En effet, c'est ce qu'on peut retenir de la solution de la Cour lorsqu'elle déclara prescrite une action intentée par une société à l'encontre d'anciens administrateurs. Ceux-ci avaient reçu des rémunérations exagérées de cette société¹⁸⁴. En l'espèce, un actionnaire intenta un procès contre les héritiers des administrateurs qui, après la cession de leurs actions, avaient réincorporé les avantages et les rémunérations dans les bénéfices de cette cession, à la suite d'un contrôle fiscal, ce qui entraîna la mise en

¹⁸⁰ Cass. com., 23 octobre 1990, n° 1196 P, RJDA 1/91, n° 30.; Cass. com., 20 octobre 1998, n° 1654 D, RJDA 1/99, n° 55.

¹⁸¹ LEFEBVRE Francis. Dossiers Pratiques, "Maîtrise des risques du dirigeant" Edition Francis LEFEBVRE, 2009, p. 63, ISBN:978-2-85115-825-3.

¹⁸² Cass. com., 29 mai 1963, Bull. civ. III, n° 265, RTD com., 1963, p. 856, obs. HOUIN. R.

¹⁸³ Cass. com., 21 octobre 1974, Bull. civ. IV. n° 257.

¹⁸⁴ Cass. com., 2 mai 1983, JCP G 1983, IV. p. 217; Gaz. Pal., 1983, 2 pan. 238, obs. DUPICHOT. J.

redressement judiciaire de la société. Bien que le redressement intervînt moins de trois ans avant l'introduction de l'action, la Cour de cassation jugea cette action prescrite, au motif que les rémunérations allouées aux intéressés avaient été faites plus de trois ans avant. A également été considérée comme prescrite l'action introduite par le fournisseur d'une SA, mise en liquidation des biens contre ses administrateurs, auxquels il reprochait d'avoir démissionné au lieu de déposer le bilan¹⁸⁵. En l'absence de toute dissimulation, le fait dommageable peut aussi être la date de la conclusion des conventions irrégulières ayant entraîné le fait dommageable, et non la date où l'assemblée a refusé l'approbation¹⁸⁶.

En revanche, en cas de dissimulation, le point de départ de la prescription est fixé au jour de la révélation du fait dommageable. Il en est ainsi des dissimulations ayant conduit au redressement fiscal de l'entreprise, lesquelles remontaient en réalité à plus de trois ans avant l'exercice de l'action en responsabilité, mais n'avaient été connues de la société, après un examen de comptabilité, que moins de trois ans auparavant¹⁸⁷. A aussi été jugée non prescrite l'action en responsabilité introduite contre les héritiers, moins de trois ans après le décès d'un dirigeant qui n'avait pas cotisé à une caisse de retraite¹⁸⁸. De même, la prescription d'une action en responsabilité engagée par les actionnaires d'une SA, contre les administrateurs pour des prises de contrôle de plusieurs entreprises déficitaires, a commencé à courir le jour de la présentation de ces opérations à l'approbation des actionnaires, alors même que les administrateurs avaient dissimulé les pertes qui en avaient résulté¹⁸⁹. En somme, le point de départ de la prescription ne peut être retardé qu'en cas de dissimulation de la faute commise par le dirigeant, et non en cas de dissimulation des conséquences dommageables pouvant résulter de cette faute¹⁹⁰.

Toutefois, il existe des cas où les juridictions n'ont pas retenu la dissimulation. Ainsi, il a été jugé que l'action en responsabilité engagée contre le gérant d'une SARL plus de trois ans après la commission des fautes de gestions qui lui étaient reprochées, était prescrite, puisque les faits dommageables n'étaient pas dissimulés. En l'espèce, le point de départ du délai de prescription n'avait pas été reporté à la date à laquelle un cabinet avait établi, ce, sur la demande de la société, un rapport relevant les dysfonctionnements imputables au gérant, car il résultait d'un courrier qui lui avait été adressé que les associés avaient connaissance d'une partie des éléments invoqués au soutien de leur action en responsabilité, avant même que le rapport d'audit ne soit établi¹⁹¹. Dans le même sens, la Cour de cassation avait cassé un arrêt au motif que les juges du fond avaient considéré qu'il y avait eu dissimulation du point de départ de l'action en responsabilité contre les dirigeants, alors que la dissimulation soulevée par l'actionnaire portait sur la détermination du montant réel du préjudice, et non sur

¹⁸⁵ CA Paris, 24 janvier 1989, BRDA 11/89, p. 13.

¹⁸⁶ Cass. com., 21 janvier 1997, Bull. civ. IV. n° 26, D. 1998 jur., p. 64, note KRIMMER.

¹⁸⁷ Cass. cpm., 20 mars 1984, BRDA 11/84, p. 10.

¹⁸⁸ Cass. com., 3 juillet 1984, D. 1985 jur., p. 323 note J.H., Rev. soc., 1985, p. 422, note BOULOC. B.

¹⁸⁹ CA Paris, 5 juillet 2001, 3e ch. B, RJDA 12/01, n° 1222.

¹⁹⁰ Cass. com., 23 octobre 1990, n° 1196 P, RJDA 1/91, n° 30.

¹⁹¹ CA Toulon 2 décembre 2004, n° 03-2003, 2e ch. sect.1, RJDA 8/05, n° 991.

le fait dommageable, qui en l'espèce résidait dans la cession par les administrateurs d'une des branche d'activité de la société à une autre société constituée par les mêmes administrateurs¹⁹².

Après la dissimulation du fait dommageable, il faut nécessairement que ce fait soit révélé, pour pouvoir déterminer le point de départ de la prescription. A cet effet, la révélation doit être faite à la société elle-même, et non au dirigeant, auteur du fait dommageable. Sa responsabilité étant mise en cause, il est fort possible qu'il soit tenté de ne pas avertir les associés, pour éviter toute action contre lui pendant le délai de prescription. Ainsi, en est-il d'un salarié bénéficiaire d'options d'achats d'actions de la SA qui l'employait, et qui n'avait pas pu lever ces options, les actions qui lui avaient été réservées étant attribuées aux administrateurs de la société par une délibération du conseil d'administration. Le salarié avait agi en responsabilité contre les administrateurs dix ans plus tard. La Cour de cassation avait jugé cette action prescrite, au motif que l'intéressé n'avait pas eu connaissance de la délibération du conseil, laquelle constituait le fait dommageable. La Cour précise à cet effet que, même si la faute des administrateurs était constitutive d'une fraude, la prescription s'appliquerait à partir de la révélation de cette fraude.¹⁹³ Dans une autre affaire, le président-directeur général d'une SA avait acquis à moindre coût les parts que la société détenait dans une SCI. L'action en responsabilité que la société avait ainsi engagée contre son dirigeant pour faute de gestion, plus de trois ans après la cession litigieuse, avait été jugée non prescrite car l'autorisation préalable de la cession par le conseil d'administration était en réalité postérieure à la réalisation de l'opération de cession. Par conséquent, ni la délibération du conseil, encore moins l'acquisition des parts, ne pouvaient constituer le point de départ de la prescription¹⁹⁴.

Notons également que certaines situations peuvent conduire à la suspension ou à l'interruption de la prescription. Ainsi, il ressort des articles L. 2241 et 2244 du Code civil qu'une citation en justice, un référé ou encore un acte d'exécution forcée interrompent la prescription, et les délais pour agir. Par conséquent, l'exercice d'une action pénale suivie d'une saisine du juge d'instruction, contre toute personne, entraîne l'interruption de la prescription à l'égard de cette personne. Cependant, la Cour de cassation jugea que la prescription n'est pas interrompue dès lors que la constitution de partie civile s'est terminée par une ordonnance de non-lieu. Dans ce cas, les faits ne sont pas pénalement punissables¹⁹⁵. La Cour estime également que l'interruption de la prescription résulte non seulement des faits délictueux visés par l'acte de poursuites, mais aussi des faits connexes qui y sont portés¹⁹⁶. En l'espèce, il s'agissait d'un acte visant les comportements délictueux qui devaient interrompre la prescription vis-à-vis de toutes les infractions au droit des sociétés. La Haute juridiction décida qu'il importe peu que les faits ne soient visés que de manière expresse, le plus important étant qu'ils soient intervenus au moment de la constitution de la société ou au cours

¹⁹² Cass. com. 20 février 2007, n° 03-12088, Bull. Joly 2007, p. 755, note GORDON. L.

¹⁹³ CA Paris, 14 décembre 2001, n° 00-11824, 25^e ch., B, RJDA 5/02, n° 59.

¹⁹⁴ CA Versailles 3 juin 2004, n° 03-8453, 13^e ch., RJDA 8/05, n° 991.

¹⁹⁵ CA Montpellier 27 octobre 1961, RTD com., 1962, p. 436, obs. HOUIN.R.

¹⁹⁶ Cass. crim., 22 octobre 1970, Rev. soc. 1971, p. 399. ; Cass. crim., 30 juin 1971, Bull. Joly 1971, p. 725.

de la vie sociale. En outre, la Cour précisa que la prescription d'une action en responsabilité n'est pas interrompue par la liquidation ou la dissolution de la société¹⁹⁷.

Cependant, il existe des exceptions à la prescription triennale. Par dérogation à ce délai, l'action en responsabilité se prescrit par dix ans, dans deux hypothèses. Lorsque le fait dommageable est un crime¹⁹⁸, lorsque le préjudice provient du défaut de mention obligatoire dans les statuts, ou encore de l'omission ou de l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société¹⁹⁹. Est également exclue de la prescription triennale, l'action en responsabilité exercée contre un dirigeant de fait²⁰⁰ ou contre le gérant d'une société en nom collectif ayant la qualité de commerçant²⁰¹. Dans ces situations, l'action se prescrit par cinq ans.

2) Les autres causes d'extinction de l'action en responsabilité

Comme autres causes d'extinction, il y a d'une part le quitus des dirigeants et d'autre part les renonciations.

*Le quitus

Le quitus est l'acte qui arrête un compte et qui atteste de l'exactitude de sa gestion. Autrement dit, c'est la délibération par laquelle les associés, après vérification des comptes, attestent de la bonne gestion des dirigeants. Cependant, la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, reprise dans le Code de commerce, a frappé cet acte d'inefficacité juridique. Le quitus donné par l'assemblée générale n'empêche pas de rechercher ensuite la responsabilité des dirigeants. En effet, selon les dispositions du Code de commerce²⁰², est dépourvue d'effets toute décision de l'assemblée ayant pour objectif d'éteindre toute action en responsabilité contre les gérants, les administrateurs ou les directeurs généraux, pour les fautes commises dans l'exercice de leur mandat. Par ces dispositions, le législateur voulait non seulement éviter que le dirigeant ne se ménage une impunité absolue – très souvent l'assemblée générale est dominée par les dirigeants – mais aussi empêcher qu'un groupe d'associés majoritaires ne freine l'action des autres associés. C'est pourquoi toute clause statutaire ayant pour effet de soumettre l'exercice de l'action sociale à l'avis ou à l'autorisation de l'assemblée est réputée non écrite. Aussi, le vote du quitus, même général et définitif, ne saurait éteindre les actions en responsabilité.

Toutefois, cette inefficacité du quitus par rapport au droit d'agir en responsabilité contre les dirigeants connaît quelques limites. D'abord, la loi ne prévoit l'indifférence du quitus que dans les SARL et les sociétés par actions. Donc, le quitus conserve son efficacité juridique dans les autres sociétés, sous réserve d'une annulation par le juge pour défaut d'information de l'assemblée générale²⁰³. De plus, le quitus n'a pas d'effet sur l'action individuelle, celle-ci

¹⁹⁷ Cass. com., 16 mai 1972, RTD com., 1972, p. 924. obs. HOUIN. R.

¹⁹⁸ C. com., art. L.223-23, L. 225-254, et L. 225-257.

¹⁹⁹ C. civ., art. 1840 et C. com., art. L. 210-8.

²⁰⁰ C. civ., art. 2224.

²⁰¹ C. com., art. L. 110-4.

²⁰² C. com., art. L.223-23 al.5 et L. 225-253, al. 2.

²⁰³ Cass. 3e civ., 27 mai 1974, n° 73-10.568, Bull. civ. III, n° 225.

pouvant être exercée par les associés mais aussi les tiers dans toutes les sociétés²⁰⁴. De même, l'inefficacité du quitus ne concerne pas les actions en responsabilité relatives au fonctionnement de la société. Elle est par ailleurs écartée dans les actions relevant des irrégularités de constitution.

Ensuite, seul, le quitus donné par l'assemblée est inefficace. A contrario, les quitus donnés individuellement par les associés peuvent empêcher une action en responsabilité.

Enfin, malgré la simple valeur morale conférée au quitus, ce dernier est utile en pratique car il permet aux administrateurs d'obtenir la restitution des actions en garantie après la cessation de leurs fonctions²⁰⁵.

***Les renonciations**

Sont réputées non écrites dans les SARL et les sociétés par actions, les clauses de renonciations anticipées à l'exercice d'une action sociale en responsabilité²⁰⁶. L'actionnaire ou l'associé peut renoncer à l'action individuelle, celle-ci n'étant pas d'ordre public.

Lorsque l'action n'a pas été éteinte et qu'au contraire, elle a été exercée dans les délais de trois ans légalement prévus, le tribunal compétent doit prononcer la condamnation du dirigeant fautif.

B: La condamnation du dirigeant fautif

La condamnation du dirigeant peut être individuelle lorsque la faute est personnelle. En revanche, elle est solidaire dès que la faute est collective.

1) La responsabilité individuelle

La responsabilité est individuelle, soit lorsque la faute est commise par un seul dirigeant, soit en cas de pluralité de dirigeants. Mais elle est imputée à un seul dirigeant, les autres sont, malgré leur présence, étrangers à la faute. C'est donc le dirigeant responsable qui doit payer la totalité du montant de la condamnation. Ainsi, une fois que toutes les conditions de responsabilité sont réunies, le tribunal compétent doit prononcer la condamnation du dirigeant. Celle-ci consiste dans le paiement des dommages-intérêts au demandeur de l'action. Du fait de sa faute, le dirigeant doit réparer l'entier dommage qu'il a causé. Dans les sociétés anonymes, la condamnation sera exécutée en priorité sur les actions en garantie, puis sur le patrimoine personnel du dirigeant. La jurisprudence est défavorable à la compensation pouvant être invoquée par le dirigeant lorsqu'il est lui-même créancier de la société. Ainsi, concernant des rémunérations non encore versées²⁰⁷, la Cour de cassation avait approuvé la décision des juges du fond d'écarter la compensation sans rechercher si la créance des administrateurs n'était pas liquide et exigible.

²⁰⁴ Cass. com., 15 mars 1971, Bull. civ. IV, n° 81.; Cass. 3e civ., 4 novembre 1976, Bull. civ. III, n° 381.

²⁰⁵ Bull. mens. COB juillet 1980, n° 128, p. 4.

²⁰⁶ C.com., art. L. 223-23 et L. 225-253.

²⁰⁷ Cass. civ. ,3 avril 1942, Rev. soc., 1943, p. 126.

2) La responsabilité solidaire

En principe, lorsque la société compte plusieurs dirigeants, chacun n'est responsable que des ses propres fautes et n'a pas à répondre des fautes des autres. Mais la responsabilité peut aussi être solidaire.

La responsabilité est solidaire lorsqu'il existe une faute commune ou collective à plusieurs dirigeants. La détermination de la faute collective ou commune soulève quelques difficultés. En effet, il se pose généralement la question de savoir si la collégialité d'un organe de direction n'implique pas la responsabilité de tous les membres de cet organe en cas de faute. La réponse à cette question varie en fonction du type de société.

Dans les sociétés anonymes, les fautes commises par les dirigeants, c'est-à-dire les membres du directoire ou les administrateurs, ont généralement un aspect collectif du fait de la collégialité de l'organe de direction. Mais il ne suffit pas qu'un des membres commette une faute pour que la responsabilité soit collective. Un administrateur peut en effet dégager sa responsabilité s'il démontre qu'il a désapprouvé la décision à l'origine de la faute. Ce désaccord doit être caractérisé par une attitude positive et doit également être consigné au procès-verbal, une simple abstention, ou encore le fait de voter contre la décision fautive ne suffira pas à exonérer l'administrateur de sa responsabilité. Dans les cas graves, la désapprobation peut aller jusqu'à la démission. Peut également être dégagé de sa responsabilité, l'administrateur ou le membre du directoire qui n'a pas assisté à la réunion au cours de laquelle la décision fautive a été prise, à condition de disposer d'un motif valable à cet effet. Dans un arrêt récent, le Cour a jugé que chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une SA qui, par son action ou abstention participe à la prise d'une décision fautive de cet organe commet une faute individuelle, à moins de démontrer qu'il s'est opposé à cette décision.²⁰⁸ Toutefois, dans une décision, la jurisprudence avait adopté une solution sévère à l'égard des membres du directoire d'une société anonyme en affirmant que "l'acceptation d'une fonction implique la responsabilité des échecs"²⁰⁹.

Au contraire, dans les sociétés comportant plusieurs gérants, telles que les SARL ou les sociétés civiles, la notion de faute collective n'existe pas. La pluralité des gérants ne crée pas un organe collégial, chacun des gérants détenant séparément les pouvoirs qui lui sont dévolus. De ce fait, la responsabilité d'un cogérant ne peut être retenue que pour une faute personnelle ou s'il a participé à la faute en qualité de coauteur. La coaction implique le fait que le gérant a pris une part active dans la réalisation de la faute. Cela le différencie donc d'un complice qui a gardé le silence malgré la connaissance de l'acte litigieux. Ont par exemple été déclarés responsables de leurs fautes, le gérant à titre principal d'une SARL, mais aussi son cogérant personnellement obligé de s'assurer de la tenue de la comptabilité et de la prise en charge de la gestion lors de la maladie du premier²¹⁰.

²⁰⁸ Cass. com. 30 mars 2010, BRDA, 9/10, mai 2010, p. 2.

²⁰⁹ CA Rennes, 28 mars 1973, JCP G 1974, II, 17743, 2e esp., note SYNVET.H.

²¹⁰ CA Rouen, 20 octobre 1983, Rev. soc. 1984, p. 764, note LEGRAND.; D. 1985, 161, note DAIGRE. J-J.

Dès lors que les dirigeants responsables ont été déterminés, il faut procéder à la réparation de la faute collective. La solidarité a pour effet d'obliger chacun des dirigeants à payer l'intégralité du montant à la victime. Cela suppose que la victime a le droit de réclamer l'intégralité de l'indemnisation à chacun des responsables. Le dirigeant qui aura désintéressé la victime peut, par la voie de la subrogation, se retourner contre les autres responsables pour demander la contribution de chacun d'entre eux. Dans ce cas, il revient au tribunal de déterminer la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. Ce sont les articles L. 225-251, alinéa 2, et L. 225-256, alinéa 1, du Code de commerce qui posent le principe de la détermination de la part contributive. Ils sont applicables aux dirigeants de SARL et de sociétés par action. Dans sa tâche, le juge peut fixer inégalement le montant de la réparation due par chacun des responsables, en tenant compte évidemment de la contribution plus ou moins grande de chacun dans la commission de l'acte litigieux. Si en raison des difficultés d'appréciation, le juge ne parvient à déterminer le degré de responsabilité de chaque dirigeant, la réparation doit en principe se faire par parts égales.

La répartition des responsabilités n'est pas opposable aux tiers. En effet, le débiteur solvens ne peut leur opposer les bénéfices de division et de discussion. En outre l'article 1214 du Code civil précise que le responsable qui a désintéressé la victime ne peut répéter contre les autres que les parts en proportion de chacun d'eux. De plus, l'insolvabilité de l'un des dirigeants responsables se répartit entre les autres par parts égales.

Pour ce qui est de la coaction, il est admis que le recours du coauteur solvens n'est possible que si ce dernier a indemnisé la victime en totalité ou au-delà de sa part. Notons également que l'existence d'un dirigeant de fait fautif n'est pas une cause d'impunité pour le dirigeant de droit, ce dernier pouvant toujours exercer un recours en garantie contre le dirigeant de fait.

Par ailleurs, la charge de la preuve collective ou commune revient au tiers qui en fait grief. Une telle preuve n'est cependant pas aisée à produire, car il faut établir la participation de chacun des dirigeants à la faute alléguée. Les difficultés de preuve sont encore plus grandes dans les groupes de sociétés ou même dans les sociétés de grande envergure. Dans ces cas, la difficulté relève surtout de l'identification de la personne responsable.

CONCLUSION

L'analyse de cette partie révèle que, bien qu'étant reconnue comme exceptionnelle, la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers est néanmoins consacrée par un certain nombre de textes. En effet, qu'il s'agisse du droit des sociétés ou du droit commun, il est prévu dans chacune de ces matières les conditions dans lesquelles les tiers peuvent engager la responsabilité personnelle des dirigeants de société. Toutefois, il semblerait que ce soit la jurisprudence qui est le fondement le plus utilisé en la matière. En effet, la jurisprudence a créé la notion de faute séparable des fonctions, laquelle permet effectivement aux tiers d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants malgré la fiction de la personnalité morale. En somme, il est aujourd'hui admis que seule la faute séparable des fonctions permet d'engager la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers. L'exigence de cette faute particulière semble néanmoins être limitée à l'hypothèse de la société solvable.

Qu'en est-il alors quand la société fait face à des difficultés financières?

DEUXIEME PARTIE
LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS A L'EGARD DES
TIERS DANS LES SOCIETES EN DIFFICULTE

Comme toute entité, l'entreprise peut être emmenée, au cours de son existence, à connaître certaines difficultés financières pouvant conduire à l'ouverture d'une procédure collective à son encontre. Dans ce cas, contrairement à ce qui a été vu dans la première partie, la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers ne repose plus fondamentalement sur l'existence d'une faute détachable. L'ouverture d'une procédure collective n'entraîne pas systématiquement des sanctions à l'égard des dirigeants de sociétés. Toutefois, il ne faut pas conclure qu'ils échappent à toute responsabilité. En effet, les sanctions sont ici l'aboutissement d'une analyse concrète de leur comportement passé qui aura révélé une faute de leur part, laquelle ne résulte pas de la seule défaillance financière de l'entreprise. Selon le cas d'espèce, les dirigeants peuvent échapper à toutes sanctions ou au contraire être lourdement punis. Aussi, les sanctions pouvant frapper les dirigeants sont d'une triple nature: sanctions civiles, sanctions professionnelles et sanctions pénales.

Au titre des sanctions civiles, seule la responsabilité pour insuffisance d'actif est aujourd'hui reconnue par le Code de commerce. S'agissant des sanctions professionnelles, le droit prévoit la faillite personnelle des dirigeants et les autres mesures d'interdiction. Et concernant les sanctions pénales, sont prévues la banqueroute et les autres infractions.

Dans le cadre de notre étude consacrée à la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, seules seront examinées les sanctions de nature civile. Ce qui revient à étudier la responsabilité pour insuffisance d'actif, seule sanction prévue par le législateur. Cependant, elle n'a pas toujours été la seule sanction. En effet, le droit a connu une importante évolution en la matière, laquelle sera précisée au cours des développements qui vont suivre. En somme, l'analyse de cette partie nous conduira à voir essentiellement la responsabilité pour insuffisance d'actif d'une manière générale (chapitre 1) avant d'étudier son régime juridique (chapitre 2).

CHAPITRE 1: RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF: UNE INSTITUTION SPECIFIQUE

La responsabilité pour insuffisance d'actif apparaît souvent comme un régime de responsabilité aggravée pour les dirigeants sociaux, en ce sens qu'ici, la société fait face à des difficultés. Donc, l'intérêt pour les tiers est d'engager directement la responsabilité des dirigeants qui ne sont plus véritablement protégés par l'écran de la personnalité morale. Pour une meilleure analyse du sujet, il conviendra de procéder, dans ce chapitre, à la présentation générale de l'institution (section 1) et à l'analyse de ses conditions de mise en œuvre (section 2)

SECTION I: PRESENTATION GENERALE DE L'INSTITUTION

En l'espèce, il s'agira de démontrer la particularité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (paragraphe 1) avant de voir son domaine d'application (paragraphe 2).

PARAGRAPHE I: LA PARTICULARITE DE L'ACTION EN RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

C'est l'article L.651-2 du Code de Commerce qui définit aujourd'hui le cadre de la responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif en ces termes: "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. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables." Toutefois, la situation n'a pas toujours été telle que le législateur la prévoit aujourd'hui. La responsabilité des dirigeants dans les entreprises en difficulté a évolué sur divers points. De ce fait, démontrer la particularité de cette action revient, d'une part, à retracer son historique, et d'autre part, à étudier sa nature juridique.

A: Historique de la responsabilité pour insuffisance d'actif

Le droit des entreprises en difficulté ayant connu une réforme capitale en 2005 avec la loi 2005-845 du 26 juillet 2005 dite "loi de sauvegarde des entreprises", il nous paraît intéressant de retracer l'évolution législative de la responsabilité pour insuffisance d'actif par rapport à cette période. Nous verrons donc comment la responsabilité des dirigeants des sociétés en difficulté a été progressivement mise en œuvre puis la question telle qu'elle est réglée aujourd'hui par le législateur.

1) La situation antérieure à 2005: l'action en comblement du passif

Sous l'empire des lois anciennes, le principe était celui de l'irresponsabilité des dirigeants de sociétés. De ce fait, la faillite d'une société n'entraînait pas de conséquence particulière pour ses dirigeants. L'idée dominante était que les dirigeants, en tant que représentants de la personne morale, ne pouvaient, par leurs actes, engager leur patrimoine

personnel. Seul, celui de la personne morale représentée était engagé. Ainsi, contrairement aux dirigeants personnes physiques à qui la qualité de commerçant était reconnue, et qui, par conséquent, engageaient leur responsabilité et subissaient la faillite de la société, les dirigeants de sociétés n'engageaient pas leur responsabilité. En cas d'ouverture d'une procédure collective contre la société, ces derniers n'étaient pas tenus de payer le passif, à moins qu'ils aient été eux-mêmes associés d'une société à responsabilité limitée ou actionnaires d'une sociétés anonyme. Dans ce cas, ils pouvaient être tenus du passif dans la limite de leurs apports. Pourtant, une solution traditionnelle permettait de lier le sort de l'entreprise à celui des associés tenus responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Cette extension s'appliquait essentiellement aux gérants associés des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite.

Cependant, le développement des sociétés anonymes et des SARL a démontré les abus de l'immunité dont pouvaient bénéficier, grâce au masque de la personnalité morale, les dirigeants qui n'engageaient pas leur responsabilité personnelle dans les affaires sociales. Face à cette situation, plusieurs procédés ont été imaginés pour y remédier.²¹¹ Ainsi, au gré des réformes successives, le législateur s'est attaché à restaurer le "couple pouvoir- responsabilité" en permettant de sanctionner, au-delà de l'écran de la personnalité morale, les dirigeants sur leur patrimoine propre dès lors qu'il est établi qu'ils ont commis une faute dans l'accomplissement de leur mission.²¹²

Dès 1935, une réaction s'est opérée. Comme le dit J.LARRIEU, "le législateur a levé le voile de la personnalité morale afin d'atteindre les dirigeants responsables de la cessation des paiements"²¹³. Un décret-loi du 8 août 1935 adopta une solution plus sévère en permettant d'étendre la faillite d'une société à tous ceux qui avaient fait le commerce dans leur intérêt personnel, en masquant leurs agissements sous le couvercle de la personne morale. Malgré l'intérêt de ce texte, il lui a été reproché de se placer plus sur le plan de la répression que sur celui de la réparation, ce qui conduisait à une application exceptionnelle du texte devant les tribunaux, ces derniers s'inscrivant a priori dans une logique de réparation. Ces critiques sur le décret-loi de 1935 ont emmené le législateur à adopter une solution plus efficace. Aussi, la loi du 16 novembre 1940 sur les sociétés anonymes créa l'action en comblement du passif pour permettre de soumettre le président-directeur général aux déchéances de la faillite. Parallèlement à cette loi, il a été décidé que le syndic pourrait désormais demander au tribunal de mettre à la charge du président ou des administrateurs une partie des dettes sociales. Le décret du 9 août 1953 étendit par la suite cette dernière disposition aux gérants des SARL. Ainsi, ces deux textes ont établi, dans des termes proches, la double présomption de faute et de causalité permettant de condamner les dirigeants fautifs à supporter personnellement tout ou partie du passif de la société mise en faillite. En l'espèce, la sanction était purement

²¹¹ RIPPERT G et ROBLOT R. "Traité de droit commercial", Tome2,16e édition, p.1190, L.G.D.J, ISBN:2.275.01840.9.

²¹² JACQUEMONT A. , "Droit des Entreprises en Difficulté", 3e édition du Juris-Classeur,2003,Litec, Groupe LexisNexis, p.371, ISBN: 2-7110-0344-2.

²¹³LARRIEU .J, " La réforme du droit des entreprises en difficulté", p.141, Montchrestien, 1995.

pécuniaire et ne s'accompagnait d'aucune déchéance.²¹⁴ Après plusieurs modifications, et notamment celles intervenues dans le décret du 20 mai 1955 sur la faillite des sociétés, et dans la loi du 24 juillet 1966, relatives aux sociétés commerciales, c'est finalement la loi du 13 juillet 1967 qui reprit cette obligation. Le souci du législateur était de reprendre la réglementation antérieure tout en la précisant. L'article 99 de la loi de 1967 posa donc le principe de la double présomption de faute et de causalité en des termes clairs.

***Présentation générale du régime issu de la loi de 1967**

D'après l'article 99, "lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale faisait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal pouvait décider, à la requête du syndic ou même d'office, que les dettes de la société seraient supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux".²¹⁵

Dans l'esprit du législateur, l'insuffisance d'actif de la société résultait a priori de la mauvaise gestion de ses dirigeants, d'où l'institution de la double présomption de faute et du lien de causalité, qui laissait aux dirigeants la charge de rapporter la preuve contraire. Il n'appartenait plus un syndic de prouver la faute des dirigeants, encore moins l'existence d'un lien de causalité, mais aux dirigeants sur qui pèse cette double présomption de démontrer qu'ils ont apporté à la gestion de la société toute la diligence et l'activité nécessaires. Le législateur avait donc institué à l'égard des dirigeants sociaux, un régime de responsabilité qui, par rapport à celui du droit commun, était considérablement aggravé.

La loi de 1967 institua en outre une sanction à l'encontre des dirigeants qui refusaient de s'acquitter de leurs dettes sociales: c'est la déclaration personnelle de redressement ou de liquidation judiciaire du dirigeant. Cette sanction, différente de la précédente et ne pouvant se cumuler avec elle, apparaît comme la plus grave, en ce sens que le dirigeant n'est plus seulement débiteur d'une somme, mais est soumis à titre personnel à une procédure collective visant l'ensemble de son patrimoine.

Cependant, les mentalités et les pratiques ayant évolué, devant les tribunaux, l'application de l'article 99 devient habituelle.²¹⁶ Malgré cette généralisation, l'article 99 n'a cessé de faire l'objet de vives critiques. D'une part, il lui a été reproché d'être "exagérément sévère"²¹⁷ à l'encontre des dirigeants de sociétés, car en période de crise économique, les défaillances d'entreprises sont provoquées plus par des circonstances extérieures défavorables que par des insuffisances de gestion. De plus, la conception extensive de la notion de dirigeant retenue par les tribunaux compromettait le redressement des entreprises en difficultés, car les éventuels apporteurs de fonds propres craignaient d'être par la suite considérés comme des

²¹⁴ GUYON.Y. "Droit des Affaires", Tome 2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire, Faillite, 9e édition, p.415. Economica, ISBN:2-7178-4661-1.

²¹⁵ Traité de droit commercial, Tome2, 16e édition, L.G.D.J, n°3281. ISBN:2.275.01840.9.

²¹⁶ BERTRAND.E. "La défaillance des entreprises ", p. 44éd. Doc. fr. 1981.

²¹⁷ GUYON.Y. "Droit des Affaires", Tome 2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire, Faillite, 9e édition, p.416. Economica, ISBN:2-7178-4661-1.

dirigeants de fait, donc condamnés à combler un passif important²¹⁸. D'autre part, certains ont dénoncé l'esprit d'hostilité injustifié du législateur à l'égard des dirigeants de sociétés, tandis l'esprit d'initiative des créateurs d'entreprise.²¹⁹

C'est en considération des critiques sus énoncées que la loi du 25 janvier 1985 a définitivement renoncé à cette rigueur, supprimant la présomption de faute mais aussi la présomption de causalité qui faisaient l'originalité de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

***Présentation générale du régime issu de la loi du 25 janvier 1985**

L'article 180 de la loi de 1985 définit la responsabilité des dirigeants sociaux par rapport aux principes généraux de la responsabilité civile, tout en laissant subsister quelques règles particulières applicables à la responsabilité des dirigeants en cas de difficulté de l'entreprise. Ces règles sont parfois plus favorables que celles du droit commun (par exemple le caractère facultatif du montant de la condamnation). Désormais, les dirigeants n'engageront leur responsabilité que lorsque leur gestion défectueuse a contribué à l'insuffisance d'actif social. Il revient donc au demandeur de prouver la faute du dirigeant. On parle alors de "faute de gestion". Telle a également été la solution adoptée par la jurisprudence de l'époque.²²⁰

Les dispositions de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 ont par la suite été incorporées dans le Code de Commerce. Aussi l'ancien article L.624-3 du Code de Commerce énonce-t-il que "lorsque le redressement judiciaire ou 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 les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux." Ce texte a été présenté comme une innovation importante; symbole de l'esprit d'indulgence de la loi nouvelle à l'égard des débiteurs victimes des circonstances.²²¹ Un auteur affirma à cet effet qu'avec la venue de la loi de 1985, on est passé d'un "excès de rigueur à un excès d'indulgence"²²². L'idée dominante est désormais celle de la faute prouvée et non plus celle de la faute présumée.

Autre innovation importante sur la responsabilité des dirigeants, c'est "la possibilité" d'ouverture dans certains cas d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre du dirigeant de société, prévue par les articles 182 et suivants de la loi du 25 janvier 1985. On la retrouve dans les articles L.624-4 et L.624-5 du Code de Com ancien. En effet, la déclaration personnelle en redressement ou en liquidation judiciaire, souvent qualifiée d'extension de la procédure collective au dirigeant, n'est plus obligatoire, comme sous le règne de la loi de 1967.

²¹⁸ VASSEUR, "Le droit français et spécialement l'article 99 de la loi de 1967 est-il un handicap pour l'apporteur de fond propre?", Banque 1979,7 et 187.

²¹⁹ RIPPET. G et ROBLOT. R. "Traité de droit commercial", Tome2,16e édition, L.G.D.J, n° 3282. ISBN:2.275.01840.9.

²²⁰ Rouen, 29 mars 1990, Gaz. Pal., 1991, Som.23.

²²¹ RIPPET. G et ROBLOT. R. "Traité de droit commercial", Tome2,16e édition, L.G.D.J, n° 3282 et s., ISBN:2.275.01840.9.

²²² DERRIDA.F, "Procès de l'action en comblement du passif d'insuffisance d'actif social", D.,2001-1377.

Elle devient facultative, donc laissée à l'appréciation du juge. Le maintien de cette mesure, quoique facultative, a été analysé comme un aspect soulignant le caractère tout de même répressif de la loi du 25 janvier 1985, car cela avait pour objectif de contraindre les dirigeants condamnés à s'acquitter de leurs dettes.

En somme, c'est la loi de 1985 qui a fortement gouverné le régime de responsabilité des dirigeants en cas de difficulté de l'entreprise. Ce régime a prévalu jusqu'à ce qu'intervienne en 2005, avec la loi du 26 juillet 2005 dite "loi de sauvegarde", une réforme importante sur le droit des entreprises en difficulté.

2) La situation à partir de 2005: la responsabilité pour insuffisance d'actif

La loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 s'inscrit dans le droit fil de l'idée des législations précédentes, selon laquelle les dirigeants des sociétés ne peuvent engager leur responsabilité que dans des circonstances exceptionnelles. Elle prévoit donc deux mesures permettant d'engager la responsabilité des dirigeants en cas de difficulté de l'entreprise. Ainsi, bien qu'ayant maintenu l'action en comblement du passif, cette loi lui consacre une nouvelle dénomination de responsabilité pour insuffisance d'actif. C'est l'article 651-2 (ancien du Code de Commerce.) issu de la rédaction de l'article 170 de la loi du 26 juillet 2005, qui en définit le cadre: "Lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou 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 les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables". Cet article apporte notamment des modifications sur le champ d'application et le régime de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Mais l'innovation majeure de la loi de 2005 en la matière se situe à un double niveau. D'abord au niveau de la suppression de la déclaration personnelle en redressement ou en liquidation judiciaire des dirigeants fautifs. En effet, la suppression de la mise personnelle en procédure collective des dirigeants, encore appelée "ouverture-sanction"²²³, a eu une conséquence: désormais, les dirigeants ne peuvent plus se voir appliquer personnellement une procédure collective au titre de sanction de l'inexécution de la condamnation à combler le passif social. C'est ainsi qu'ont été abrogés les anciens articles L.624-4 et L.624-5. Mais cette suppression est sans rétroactivité puisque l'article 192 de la loi nouvelle précise que "les procédures déjà ouvertes en application des articles L.624-4 et L.624-5 anciens du Code de Commerce, ne sont pas affectées par la loi". Par conséquent, les procédures en cours se poursuivaient sur le fondement des anciens textes jusqu'à leur clôture. La jurisprudence en la matière conservait donc tout son intérêt.²²⁴

Ensuite, au niveau de l'institution d'une nouvelle sanction dite obligation aux dettes sociales. L'article L.652-1 dispose qu' "au cours d'une procédure de liquidation judiciaire, le

²²³ ROUSSEL GALLE. Ph. , TRICOT. D. "Réforme du droit des entreprises en difficulté", De la théorie à la pratique, 2e édition, Lexis Nexis, Litec, pp 429 et s., ISBN:978-2-7110-0730-1.

²²⁴ CHARVERIAT.A, "Le redressement judiciaire ouvert à l'encontre des dirigeants " , RJDA, 12/93, p.839.

tribunal peut décider de mettre à la charge de l'un des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale, la totalité ou une partie des dettes de cette dernière lorsqu'il est établi, à l'encontre de ce dirigeant, que l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements". Ces fautes sont constitutives de fraude. Exemples: la dissimulation d'actif, l'augmentation du passif, les abus de la personnalité morale, la disposition des biens de la société, l'exécution d'actes de commerce dans un intérêt personnel.

L'objectif du législateur de 2005 était de substituer cette nouvelle sanction à l'ancienne extension-sanction de la procédure à l'encontre des dirigeants ayant commis des actes particulièrement répréhensibles. Mais cette procédure était limitée à l'hypothèse de la liquidation judiciaire, contrairement à l'extension-sanction qui s'appliquait également en cas de redressement judiciaire. A cette période, le droit des procédures collectives prévoyait encore deux catégories de responsabilités civiles contre les dirigeants. Toutefois, ces deux mesures paraissaient avoir une nature juridique différente. Si l'action en insuffisance d'actif s'apparentait à une action en responsabilité, l'obligation aux dettes sociales, quant à elle, présentait un caractère de sanction à l'encontre du dirigeant²²⁵. Le législateur a en l'espèce imaginé une sanction pouvant englober toutes les dettes de la personne morale, comme l'énonçait exactement l'article L.652-1, alinéa1, du Code de commerce, et notamment les dettes postérieures au jugement d'ouverture non prises en compte dans le cadre de la responsabilité pour insuffisance d'actif.²²⁶

Après quelques années d'application, l'obligation aux dettes fit l'objet de critiques diverses. Il lui a été reproché d'être largement calquée dans son mécanisme sur le régime de la responsabilité pour insuffisance d'actif. La pratique avait en effet démontré qu'elle faisait double emploi avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Quasi unanime, la doctrine a estimé que l'obligation aux dettes ne servait donc à rien. Dès lors, il fallait la supprimer²²⁷. En considérant toutes ces critiques, le législateur a finalement décidé de supprimer l'obligation aux dettes. C'est l'objet de l'article 113 de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008. Corrélativement, l'article 110 du décret d'application du 12 février 2009 a abrogé le chapitre II du titre V du livre VI du code de commerce et par conséquent les articles L.652-1 à L.652-5. Par ailleurs, il a été estimé que la notion de faute de gestion de l'action en comblement du passif était suffisamment large pour viser un très grand nombre de comportements répréhensibles. Par conséquent, l'article L.653-4 du code de commerce, énumérant les cas d'ouverture d'une faillite personnelle, a été complété par la liste des actes donnant auparavant lieu à l'obligation aux dettes. Cette abrogation fait l'objet de dispositions transitoires particulières prévue par l'article 173 de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008. Par exception au principe, elle s'applique aux procédures collectives en cours le 15 février 2009, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance. Cela signifie que les actions fondées sur l'obligation aux dettes sociales ne pouvaient plus être engagées à compter de ce jour, et qu'en revanche les actions déjà engagées à cette date se poursuivraient.

²²⁵ Rapp.AN n°2095, préc., p.417,X. De Roux.

²²⁶ LE CORRE P- M. "La réforme du droit des entreprises en difficulté", commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009", Edition Dalloz, Paris,2009,p.353, ISBN:978-2-247-08325-1.

²²⁷ MONERAN Th. , "Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme" ,Gaz. Pal.23-24 janvier.2008,p. 3, spéc. p. 13.

Finalement, depuis la réforme opérée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, c'est l'article 651-2 du code de commerce qui définit aujourd'hui la responsabilité des dirigeants en cas de difficulté de l'entreprise: " 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. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables". Aux termes de ce texte, il ressort que seule subsiste, au titre de sanctions à l'égard des dirigeants responsables, la responsabilité pour insuffisance d'actif, laquelle ne peut désormais être ouverte qu'en cas de liquidation judiciaire.

L'historique de la responsabilité pour insuffisance d'actif ayant été retracée, il convient maintenant d'étudier sa nature juridique.

B: Nature juridique de la responsabilité pour insuffisance d'actif

1) Action en comblement du passif: une action en responsabilité

Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, l'action en comblement du passif présentait une originalité par rapport à l'action en responsabilité civile en ce sens que le demandeur d'action était dispensé de prouver la faute du dirigeant et le lien de causalité entre cette faute et le préjudice subi. Le principe était en l'espèce celui de la double présomption de faute et du lien de causalité. Cette absence d'assimilation entre les deux actions (action en comblement du passif et action en responsabilité civile) avait naturellement des conséquences. En tant que représentant de la société, mais aussi de la masse, le syndic pouvait engager une action en comblement du passif contre les dirigeants sociaux sur le fondement des articles 52 pour les SARL, et 244 pour les SA²²⁸ (devenus les articles L.223-22 et L.225-251 du Code de Commerce). Il pouvait également engager une action en responsabilité de droit commun sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil ou sur l'article 99 de la loi de 1967²²⁹. A cette époque, il y avait donc une possibilité de cumuler les deux actions en responsabilité.

Mais la masse des créanciers ayant été supprimée, le législateur a organisé un régime spécial de responsabilité des dirigeants en cas d'ouverture d'une procédure collective. Aussi, sous l'empire de la loi de 1985, il ressort que l'action en comblement du passif est une action en responsabilité civile soumise à un régime spécial. En effet, malgré quelques règles spécifiques pouvant conduire à des résultats plus indulgents que le droit commun de la responsabilité, l'obligation de combler le passif social emprunte la plupart de ces traits à la responsabilité civile.²³⁰ Elle a donc pour objet principal de réparer le dommage subi par les créanciers incomplètement payés du fait de l'insuffisance d'actif. Mais l'action en comblement du passif présente aussi un caractère répressif à l'égard des dirigeants responsables. A titre

²²⁸ Rouen, 1er juillet 1982, Gaz. Pal., 1983, 1, Som.33 ; 20 octobre 1983, Rev. Soc., 1984, 764, note LEGRAND. M-N. et comp.

²²⁹ Cass. com., 8 novembre 1960, JCP, 1961. 2. 12046; Com. 7 janvier. 1981, n°79-11.283, Bull. civ. IV, n°11.

²³⁰ Com. 22 mai 1957, RTD Com., 1957, 1015, note, HOUIN. -, Com. 9 février. 1988, Bull. civ. IV, n°61, p. 43

d'illustration, la loi du 10 juin 1994 avait réglementé cette action dans un chapitre consacré aux sanctions²³¹. Quant à la loi de 1985, elle affirma clairement la nature de responsabilité de l'action en comblement du passif. Cette nature a été retraduite dans la loi du 26 juillet 2005 qui la traite dans un chapitre intitulé "de la responsabilité pour insuffisance d'actif".

In fine, l'action en comblement du passif apparaît comme une action en responsabilité de nature patrimoniale et indemnitaire, si bien que la charge qui résulte en est transmissible par succession²³².

Soumise à des conditions et à des règles de procédure particulières, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est bien une action spécifique. Dès lors, se pose la question de la coexistence de cette action avec les autres actions en responsabilité.

2) Combinaison de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif avec d'autres actions

En principe, à compter de l'ouverture d'une procédure collective, seule l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est recevable contre les dirigeants de sociétés. Ce principe est néanmoins assoupli par quelques exceptions.

***Exclusivité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.**

Compte tenue de sa nature juridique et du régime dérogatoire que lui a conféré la loi du 25 janvier 1985, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est exclusive de l'exercice de toutes autres actions en responsabilité. La Cour de cassation s'est donc prononcée plusieurs fois, par différents arrêts dont il résulte clairement le principe du non-cumul des dispositions des articles L.651-2 et L.651-3 du Code de commerce avec les autres actions en responsabilité.

-Responsabilité pour insuffisance d'actif et responsabilité de droit commun

Le principe du non-cumul des actions n'a pas toujours été appliqué. Sous l'empire de la loi de 1967, le syndic pouvait cumuler les deux actions. De plus, un arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 1991 avait semblé admettre un cumul des actions. Il résultait de la solution de la Cour que " la responsabilité des dirigeants sociaux peut être mise en œuvre à la suite soit d'une action personnelle ou sociale, soit d'une action en paiement des dettes fondée sur l'article 180 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985"²³³. C'est finalement un arrêt du 28 février 1995 rendu par la Cour de cassation, qui posa le principe du non-cumul des actions. La Cour avait à cet effet affirmé que " les dispositions des articles 180 et 183 de la loi du 25

²³¹ V. les obs. de DERRIDA. MM et SORTAIS. D., 1995, 289

²³² Com. 9 février 1979: D.1980. 459, note BURST.; Amiens, 23 janvier 2003. JCP 2003.IV.2612; RJDA 2004, n°208.

²³³ DELENEUVILLE. J-M. " L'action en comblement de l'insuffisance d'actif social de l'article L.624-3 du Code de commerce", Rev. proc. coll 2002, pp 76 et s.

janvier 1985 d'une part, et celles de l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966, d'autre part, ne se cumulent pas²³⁴.

Ainsi, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut se cumuler avec l'action en responsabilité fondée sur un texte particulier au droit des sociétés, et notamment sur les articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966, devenus les articles L.223-22 et L.225-251 du Code de commerce. De même, elle ne peut se cumuler avec une action en responsabilité civile de droit commun posée par les articles 1382 et 1383 du code civile. Il s'agit ici d'une solution constante de la jurisprudence. En effet, elle s'y est prononcée tant sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises²³⁵ que depuis cette dernière législation²³⁶. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut non plus se cumuler avec celle fondée sur l'article 1850 du Code civil²³⁷.

Le principe du non-cumul dégagé par les décisions ci-dessus apparaît d'application générale quant aux dirigeants concernés, quelque soit le régime de responsabilité dont ils relèvent²³⁸. Par conséquent, la même solution vaudrait aussi bien pour les sociétés anonymes (C.com., art. L.225-251), les sociétés par action simplifiée (C.com., art. L.225-251) que pour les sociétés civiles (Code civil, art.1850). Il convient de préciser que la jurisprudence suscitée, quoiqu'antérieure à l'ordonnance 2008-1345, reste applicable, sauf à considérer que la seule procédure collective permettant désormais l'ouverture d'une action en responsabilité contre le dirigeant pour insuffisance d'actif, est la liquidation judiciaire (article L.651-2 du Code de commerce).

Par ailleurs, l'action en responsabilité introduite contre les dirigeants avant le jugement d'ouverture de la procédure par un créancier peut être recevable. La Cour de cassation, confirmant une solution déjà adoptée par des cours d'appels²³⁹, a admis la recevabilité d'une action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture. Mais la recevabilité de cette action est soumise à deux conditions. D'abord, le créancier doit prouver un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers. Ensuite, le dirigeant doit avoir commis une faute séparable de ses fonctions. "En l'espèce, un fournisseur avait vendu du matériel avec une clause de réserve de propriété à une société qui l'avait revendu avant d'en avoir payé le prix. La société ayant été mise en liquidation, le fournisseur a déclaré sa créance et assigné les dirigeants en paiement du prix de la marchandise vendue et en dommages et intérêts, pour non respect de la clause de réserve de propriété". La chambre commerciale approuva la décision rendue par les juges du fond en ces

²³⁴ Cass. com., 28 février. 1995: juris -Data n°1995-000519; Bull.civ. IV, n°60. ; D. 1995, jur. p. 390, note DERRIDA. F.

²³⁵ Com., 20 juin 1995, bull. civ. IV, n°187, p. 173; RJDA 1995, p. 639; Bull. joly 1999, 962, n°226, note, MENJUCQ. M, Bull. joly 2001, p. 24 ,n°4, note P. Le CANNU.)

²³⁶ CA chambéry, ch. com.,12 sept.2006, RG n° 04/1297; Rev. proc. coll. 2007/2, p. 91, n° 11, obs. BARRET. A.; Gaz. proc. coll. 2007/4, p. 58, note MONTERAN. Th.

²³⁷ Cass.com. 19 février 2002, n°424 F-D, RJDA 7/02 n° 777

²³⁸ Cass. com., 28 février. 1995: juris -Data n°1995-000519; Bull.civ. IV, n°60; D. 1995, jur. p. 390, note . DERRIDA. F.

²³⁹ CA Paris, 15 septembre .1995 : Juris-Data n°1995-023536; D.aff.1995, p .90; CA Versailles, 13e ch, 22 juin 2000: Juris-Data n°2000-133928; Bull. joly 2000, p. 1051, § 260, obs.DAIGRE. J-J.

termes: "la recevabilité d'une action personnelle engagée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions."²⁴⁰ Un arrêt récent de 2009, non seulement confirma cette solution, mais aussi précisa que la recevabilité de l'action s'apprécie au jour de son introduction²⁴¹. En l'espèce, la Cour confirma la recevabilité de l'action en responsabilité du créancier, estimant que celle-ci avait été formée antérieurement au jugement prononçant la procédure. L'existence d'un préjudice distinct de celui des autres créanciers n'avait donc pas à être démontrée, la recevabilité d'une action s'appréciant au jour de sa formation.

-Responsabilité pour insuffisance d'actif et action en extension de redressement ou de liquidation judiciaire.

Avant d'être supprimée par la loi 2005-845 du 26 juillet 2005 et d'être remplacée par l'obligation aux dettes (elle aussi supprimée), la sanction de mise en redressement ou en liquidation judiciaire personnelle des dirigeants, ayant pour fondement les anciens articles L.624-4 et L.624-5 du Code de commerce, n'était pas cumulable avec l'action en comblement du passif en application de l'article L.624-3 du même Code (actuel article L.651-2)²⁴². De même, avant d'être supprimée par l'ordonnance 2008-1345 portant réforme des entreprises en difficulté, l'obligation aux dettes ne pouvait se cumuler avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Le dernier alinéa de l'article L.652-1 du Code de commerce prévoyait que "les agissements du dirigeant qui pouvaient être sanctionnés par l'obligation aux dettes sociales, ne pourront pas donner lieu à des poursuites au titre du comblement du passif social" Telle a également été la solution retenue par la jurisprudence²⁴³.

***Exceptions au principe du non-cumul des actions**

La Cour de cassation a tout de même apporté des limites à la règle du non-cumul des actions. D'une part, elle a précisé que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif supposait l'existence d'une faute de gestion antérieure à l'ouverture de la procédure²⁴⁴. D'autre part, la Cour affirma qu'en raison d'une insuffisance d'actif non constatée²⁴⁵, l'action en responsabilité de droit commun des sociétés contre le dirigeant pouvait prospérer, notamment sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde²⁴⁶.

- Responsabilité pour insuffisance d'actif et responsabilité fiscale

²⁴⁰ Cass. Com., 7 mars 2006, Bull. civ. IV, n°61 ; D. 2006, AJ p. 857, obs LIENHARD. A; Rev. Soc. 2006 p. 644 note BARBIERI.J-F.

²⁴¹ Com., 10 février 2009, n°07-20.445, Bull. civ. IV, n°21; D.2009, chrono. C.cass. 1243, n°5, note MBELAVAL. M-L. et SALOMON.R; Gaz. proc. coll. 2009/2, p. 48, n°4, note. MONTERAN. Th.

²⁴² Cass.com. 17 novembre 1992 n° 1740 P, RJDA 5/93 n°452; Cass. com. 8 février 1994 n°415 P, RJDA 7/94 n° 814; Dr. sociétés 2002 comm. n° 193 note LEGROS. J-P.

²⁴³ CA Orléans 16 février 2006: RJDA 7/06 n°814.

²⁴⁴ Cass. com., 14 mars 2000, Bull. civ. IV, n°59; D. 2000, AJ. P.187, obs. LEINHARD.A.

²⁴⁵ Cass. com., 28 mars 2000: JCP E 2000, p. 1566, obs. P.P.; D.2000, act. jurisp., p. 227.

²⁴⁶ Cass. com., 27 juin 2006, Bull. civ. IV, n° 152; D.2006, AJ P. 1891, obs. LEINHARD.A.

Les dispositions de l'article L.651-2 du Code de commerce ne font pas obstacle à l'application de l'article L267 du Livre des procédures fiscales. La responsabilité pour insuffisance d'actif est donc cumulable avec l'action en responsabilité fiscale, permettant de mettre à la charge d'un dirigeant de personne morale les impositions et pénalités dues par celle-ci lorsqu'il a rendu le recouvrement impossible par des manœuvres frauduleuses ou par l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales²⁴⁷. Il faut par ailleurs que l'action en comblement du passif permette au Fisc d'être payé intégralement²⁴⁸.

-Responsabilité pour insuffisance d'actif et action civile devant la juridiction répressive

L'exercice d'une action civile devant une juridiction répressive en réparation du préjudice résultant d'une infraction, n'empêche pas l'exercice d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif. La chambre criminelle de la Cour de cassation estime que les deux actions n'ont pas le même objet. Alors que l'action civile exercée devant les tribunaux répressifs tend à la réparation du préjudice résultant des infractions commises par les dirigeants (par exemple un abus de biens sociaux), l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif vise la réparation d'un préjudice occasionné par une faute de gestion ayant entraîné l'insuffisance d'actif. La Chambre criminelle précisa à cet effet que " ne peut être invoquée la fin de non-recevoir fondée sur l'article 5 du Code de procédure pénale prévoyant l'irrévocabilité de l'action exercée par la victime d'une infraction qui a choisi la voie commerciale pour obtenir la réparation du préjudice subi, dès lors que les deux actions n'ont pas la même cause et le même objet"²⁴⁹. Il a donc été jugé que la cour d'appel avait justifié sa décision en déclarant recevable l'action civile formée par un liquidateur judiciaire à l'encontre du dirigeant d'une société, et en condamnant celui-ci à des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant du délit de banqueroute par revente en dessous des cours. La cour avait en effet énoncé que l'article 5 du Code de procédure pénal ne pouvait être invoqué dès lors que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, d'une part, et l'action en réparation du préjudice causé par la banqueroute, d'autre part, avaient des causes différentes: sanctions de la mauvaise gestion dans la première, réparation du préjudice causé par l'infraction dans la seconde, de sorte qu'elles peuvent être exercées cumulativement²⁵⁰.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a également adopté cette solution. Elle a en effet jugé qu'un dirigeant condamné pour abus de biens sociaux pouvait être tenu, d'une part, de verser des dommages-intérêts au liquidateur de la société qui s'était constitué partie civile et, d'autre part, de combler une partie des dettes sociales. Elle a justifié cette solution par le fait qu'il n'y a pas eu cumul d'actions en responsabilité tendant à la réparation du même préjudice²⁵¹. Dans le même sens, la Chambre commerciale a jugé que l'action en comblement du passif engagée devant les tribunaux de commerce, destinée à obtenir la réparation du préjudice causé aux créanciers de la personne morale, avait un objet différent de

²⁴⁷ Cass.com., 9 déc. 1997: JCP E 1998, p. 659, n°19, obs. P.P.

²⁴⁸ Cass. com., 11 févr. 1992, n°89-20.852, Bull. civ. IV, n° 71.

²⁴⁹ Cass. crim., 29 octobre 1996, Rev. Soc 1997, p. 377 note, BOULOC. B.

²⁵⁰ Cass. crim. 10 octobre 2001 n°6239 F-D, DELGERGHE : RJDA 4/02 n°417, 2e espèce.

²⁵¹ Cass. com. 29 février 2000 n°337, RJDA 5/00 n° 580.

l'action civile en réparation du préjudice résultant des infractions d'abus de biens sociaux. Le dirigeant avait été déclaré coupable par un jugement correctionnel devenu irrévocable²⁵².

-Responsabilité pour insuffisance d'actif et autres sanctions prévues par le Code de commerce

Selon une jurisprudence ancienne, peuvent être cumulativement prononcées, la faillite personnelle d'un dirigeant ou l'interdiction de gérer (article L.653-8 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance 2008-1345), l'incapacité d'exercer une fonction publique élective (article L.653-10 du Code de commerce) et la condamnation du dirigeant à combler l'insuffisance d'actif²⁵³.

Après avoir démontré la particularité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, particularité qui se situe au niveau de son histoire mais aussi de sa nature juridique, il convient maintenant d'analyser son domaine d'application.

PARAGRAPHE 2: DOMAINE D'APPLICATION DE LA RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

Aux termes des articles L.651-1 et L.651-2 du Code de commerce, il ressort que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif suppose la réunion de deux catégories de personnes: les personnes morales et les dirigeants personnes physiques.

A: Les personnes morales concernées

L'article 651-1 du Code de commerce, reprenant les dispositions de l'article 130 de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, relatif à la responsabilité pour insuffisance d'actif, dispose que "les dispositions du présent chapitre... sont applicables aux dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective". Par conséquent, l'exercice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif suppose d'abord l'existence d'une personne morale de droit privé, soumise à une procédure collective.

1) Existence d'une personne morale de droit privé

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif résultant de l'article L.651-1 nécessite l'existence d'une personne morale. Dès lors, que faut-il entendre par personne morale?

Traditionnellement, est défini comme personne morale tout groupement doté de la personnalité juridique, donc titulaire lui-même de droits et d'obligations, abstraction faite des membres qui le composent. L'article cité précisant la nature de droit privé de la personne morale, sont alors essentiellement concernées les sociétés. Aussi, sont dotées de la personnalité morale, la plupart des sociétés, qu'elles soient civiles ou commerciales,

²⁵² Cass. com., 27 novembre. 2001 : Act. proc. coll. 2002-2, n°29, obs. REGNAUT-MOUTIER.C.

²⁵³ Cass.com. 12 janvier 1988; CA Paris 4 juillet 1997, 3e ch. A, Bennahamias c/ Belhassen ès qual.

unipersonnelles ou pluripersonnelles, dès lors qu'elles sont immatriculées au Registre de Commerce et de Société.

S'agissant des sociétés commerciales, sont dotées de la personnalité morale: les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés par actions simplifiées. Pour ce qui concerne les sociétés civiles, visées par les procédures collectives depuis une loi de 1967, sont dotées de la personnalité morale: les sociétés civiles professionnelles, les sociétés civiles de moyens, les sociétés agricoles, les sociétés immobilières n'ayant pas une forme (coopératives, mutuelles), à condition d'être immatriculées. De même, les sociétés exerçant une activité libérale sont soumises au régime commun des sociétés civiles. Elles sont donc dotées de la personnalité morale. Par conséquent, peuvent être poursuivis les dirigeants de sociétés civiles, commerciales, de groupements d'intérêt économique, d'association déclarées ou reconnues d'utilité publique, et de syndicats professionnels. Les syndicats de copropriétaires sont exclus de cette catégorie (articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce). Précisons qu'une association étant une personne morale de droit privé (loi de 1901), ses dirigeants peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, qu'il s'agisse ou non d'une association d'intérêt public²⁵⁴.

En revanche, ne peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, les dirigeants de sociétés dépourvues de personnalité morale telles que les sociétés en formation, les sociétés absorbées, les sociétés en participation, les sociétés créées de fait. Dans ce cas, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif doit être écartée au profit d'une mise en jeu de la responsabilité du dirigeant en fonction du droit commun. Le dirigeant est de facto responsable du passif sur ses biens personnels. Ainsi, on remarque que s'agissant de l'existence de la personne morale, le droit n'a pas connu de modifications importantes au cours de nombreuses réformes. Cela est visible aussi bien à l'exigence d'une personne morale, qu'au caractère privé de cette personne morale. Néanmoins, sous l'empire de la législation ancienne, la personne morale de droit privé dirigée devait avoir une activité économique²⁵⁵. Cette obligation a été supprimée par la loi du 10 juin 1994. Cette suppression peut s'expliquer. Dans le fait, la détermination du caractère économique de l'activité de certaines personnes morales, notamment les associations, entraînait de nombreuses difficultés²⁵⁶.

Sont également exclues des dispositions de l'article L.651-1 du Code de commerce, les personnes morales de droit public. Sont considérées comme personne morale de droit public, les personnes morales relevant du droit administratif. Il s'agit de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics²⁵⁷. Dès lors, la mise en jeu de la responsabilité d'un département, en raison de ses fautes commises dans la gestion d'une association investie d'une mission d'intérêt général à caractère administratif, ne peut être recherchée dans le cadre d'une

²⁵⁴ Cass. com. 27 juin 2006 n° 825 F-D, RJDA 1/07 n° 49.

²⁵⁵ cf article 179 de la loi du 25 janvier 1985.

²⁵⁶ Com. 16 février 1993, Rev. soc., 1993 note GUYON.Y.

²⁵⁷ T. conflit 15 nov. 1999, n°3153: RJDA12/00 n°1146, Bull. joly 2000 p.691.

action en comblement du passif²⁵⁸. Le département, en tant que collectivité publique, relève de la compétence de la juridiction administrative. Mais lorsque la collectivité publique est investie d'une "mission de nature industrielle et commerciale, "les tribunaux judiciaires sont compétents et les dispositions de l'article L.651-2 peuvent être appliquées²⁵⁹. Ainsi, la Cour de cassation a jugé qu'il appartenait aux juridictions de l'ordre judiciaire de connaître l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif dirigée contre un établissement public à caractère "industriel et commercial" et n'ayant pas accompli une mission de service public²⁶⁰. Dans le même sens, elle a jugé que relevait des tribunaux de l'ordre judiciaire l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif dirigé contre une commune²⁶¹ et contre une collectivité publique dans la gestion d'une association²⁶², ces établissements à caractère public n'étant pas en l'espèce investis d'une mission de service public ou d'intérêt général.

2) Personne morale soumise à une procédure collective

Aucune action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut être conduite à l'égard des dirigeants si la personne morale n'est pas soumise à une procédure collective. Il ne suffirait pas qu'elle soit en difficulté, qu'elle soit soumise à une procédure de conciliation, ou même qu'il y ait eu résolution d'un plan. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a limité le champ d'application de cette action en responsabilité. Aussi, l'article L.651-1 prévoit que la personne morale de droit privé doit être soumise à une procédure collective. Et l'article L.651-2 précise que "lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif". A la lecture de ces articles, il ressort que seule la procédure de liquidation judiciaire est concernée par l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Le législateur ne précise pas que la liquidation judiciaire doit être en cours lors de l'exercice de l'action. Cela paraît résulter à la fois des règles de procédure applicables, de la finalité de l'action et de la formule de l'article L.651-1. Selon cette formule, ces dispositions sont applicables aux dirigeants d'une "personne soumise à une procédure collective"²⁶³. Mais la liquidation judiciaire n'a pas toujours été la seule procédure concernée par cette action. Au cours des réformes successives, cette question a en effet connu certaines modifications.

Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la procédure visée était le redressement judiciaire. L'article 179 de cette loi prévoyait que les dispositions des articles 180 à 184 s'appliquent aux dirigeants d'une personne morale "lorsqu'une procédure de redressement judiciaire est ouverte à l'encontre" de cette dernière. Reprenant les dispositions de la loi de 1985, l'ancien article L.624-3 du Code de commerce a élargi le domaine d'application de l'action en comblement du passif. Il disposait en effet que "lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif". Ainsi, jusqu'au 1er janvier 2006, date d'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde du 26 juillet

²⁵⁸ CE 1er oct. 2004, n°256985: RJDA 6/05 n° 740.

²⁵⁹ T. conflit 14 févr. 2000, n° 3113: RJDA 12/00 n° 1131.

²⁶⁰ Com. 6 févr. 2001 n°255 FS-P: RJDA 10/01 n° 1010.

²⁶¹ Com. 8 janv. 2002, n° 52 FS-P: RJDA 5/02 n°536.;

Com. 7 mars 2006 n° 301 F-D: RJDA 5/06 n°566.

²⁶² CA Paris 2 mars 2004 n° 02- 11147, 3e ch.A : Bull. inf.

²⁶³ PEROCHON F., Régine BONHOMME R. "Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement", 8e édition, L.G.D.J., Lextenso éditions, ISBN: 978-2-275-03390-7.

2005, pouvaient faire l'objet d'une action en comblement du passif, les dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire. Il faut préciser que seule la gestion d'un dirigeant antérieure au jugement d'ouverture de la procédure pouvait donner lieu à cette action²⁶⁴. Etaient donc exclues du champ d'application de l'article L.624-3, les fautes postérieures au jugement d'ouverture de la procédure, le passif créé postérieurement au jugement ouvrant la nouvelle procédure collective après résolution d'un plan de continuation²⁶⁵.

Il faut attendre la réforme importante qu'a connue le droit des entreprises en difficulté en 2005 pour assister véritablement à un élargissement du domaine d'application de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. L'article L.651-2 issu de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 précise que "lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif.". En l'espèce, deux hypothèses sont visées par le législateur, à savoir la résolution d'un plan ou le prononcé d'une liquidation judiciaire. Certains ont estimé que "ce texte opère une dichotomie entre d'un côté, sauvegarde et continuation, et de l'autre, liquidation et cessation. Désormais, la liquidation couvre, dans la nouvelle organisation des procédures collectives, l'hypothèse d'un plan de cession"²⁶⁶. Ajoutons que la précision liée à "la résolution" de l'un des plans visés a eu pour conséquence d'élargir le champ de l'une des conditions requises pour l'exercice de l'action, à savoir la faute du dirigeant: le demandeur pourra se fonder, non plus seulement sur des fautes antérieures à l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement, mais encore sur celles postérieures à l'adoption de l'un de ces deux plans²⁶⁷, sous réserve que ces fautes soient commises avant l'ouverture de la liquidation. Avec cette précision, le législateur a voulu démontrer que, désormais, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne pourrait plus, contrairement aux législations antérieures, être prononcée en toute phase de la procédure de redressement ou en liquidation judiciaire, mais seulement après la résolution d'un plan (de sauvegarde ou de redressement). De même, l'élargissement des cas d'ouverture de l'action en responsabilité pour insuffisance, permet de comprendre qu'il ne peut y avoir insuffisance d'actif dans le cadre d'un plan de continuation car ce dernier n'entraîne pas l'exigibilité du passif²⁶⁸. C'est donc en tenant compte de cette donnée que le législateur de 2005 a écarté le plan de continuation pour n'admettre que la résolution des deux plans suscités.

En somme, la modification essentielle de l'ancien article L.624-3 du Code de commerce réside dans la prescription de la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement, comme cause d'ouverture de l'action en responsabilité pour insuffisance

²⁶⁴ Cass.com., 8 juin 1993, Bull.civ .IV, n°231; Cass. com., 25 février 1995, RJDA 1995, n°651; D. aff. 1998, p. 1487.

²⁶⁵ Cass.com., 8 janvier 2002, Dr. sociétés 2002, n° 131, note LEGROS.

²⁶⁶ LUCAS F- X, LECUYER H. "Droit des affaires, la réforme des procédures collectives, loi de sauvegarde article par article", L.G.D.J.,2006, p. 422, ISBN:2-275-03001-8.

²⁶⁷ MONTERAN.Th, "les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005", Gaz. Pal. 10 septembre 2005, n° 253 p. 38.

²⁶⁸ GUYON. Y."Droit des Affaires, Tome 2, "Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire", Faillite,7ed édition, Economica, 1999, n° 1374 ; HONORAT. A, D . 1992, somm. P.184. Comp.

d'actif²⁶⁹. En conséquence, après arrêté desdits plans, l'action en comblement du passif n'était plus recevable. Le risque n'était donc pas écarté pour les dirigeants qui se plaçaient sous le régime de la sauvegarde. C'est en considération de toutes ces observations que l'article L.652-1 du Code de commerce, dans la rédaction que lui donne l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, prévoit que l'action en responsabilité ne peut désormais plus intervenir qu'en possible qu'en liquidation judiciaire. Ce changement a évident eu pour conséquence, la modification de l'article L.651-1 du Code de commerce prévoyant le tribunal compétent. Il a été observé que cette innovation entraîne des conséquences minimales sur le plan pratique. Car dans la majorité des situations, la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement se traduisait par l'ouverture de la liquidation judiciaire. Sous le règne de la loi de 2005, dès lors que la cessation des paiements survenait durant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, le tribunal compétent décidait de la résolution et devait prononcer l'ouverture de la liquidation judiciaire. De ce fait, ce n'était que dans les hypothèses où la résolution du plan résultait de l'inexécution des engagements par le dirigeant que le tribunal pouvait prononcer ou non la résolution du plan. Et lorsqu'il prononçait la résolution il n'était pas tenu de prononcer l'ouverture de la liquidation judiciaire. Par conséquent, ce n'est que dans cette situation que la résolution du plan ne coïncidait pas avec le prononcé de la liquidation judiciaire. Ainsi, admettre l'action en insuffisance d'actif en cas de résolution du plan ou seulement en cas de liquidation judiciaire n'avait d'intérêt que lorsque la résolution du plan n'entraînait pas la liquidation judiciaire, ce qui était rare en pratique.²⁷⁰

L'ordonnance du 18 décembre 2008, a néanmoins apporté un nouveau élément en prévoyant un cas supplémentaire dans lequel la résolution du plan ne conduit pas systématiquement à l'ouverture de la liquidation judiciaire. En effet, l'article L.626-27 alinéa 3, dans sa nouvelle rédaction dispose que "Lorsque la cessation des paiements du débiteur est constatée au cours de l'exécution du plan, le tribunal qui a arrêté ce dernier décide, après avis du ministère public, sa résolution et ouvre une procédure de redressement judiciaire ou, si le redressement est manifestement impossible, une procédure de liquidation judiciaire". La liquidation ne sera donc ouverte que si le redressement est manifestement impossible mais cette disposition est limitée au plan de sauvegarde, en cas de redressement le tribunal doit toujours ouvrir la liquidation judiciaire.

Après avoir vu les personnes morales concernées, nous analyserons maintenant les dirigeants personnes physiques pouvant être soumises à la responsabilité pour insuffisance d'actif.

B: Les dirigeants personnes physiques

L'article L.651-1 vise aussi bien les dirigeants de la personne morale de droit privé que les personnes physiques représentants permanents des dirigeants personnes morales. L'article L.651-2 précise que sont concernés, non seulement les dirigeants de droit, mais aussi les dirigeants de fait.

²⁶⁹ cf ancien article L.651-2.

²⁷⁰ ROUSSEL GALLE Ph., " Le dirigeant de société et le nouveau droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008", Revue des Sociétés n° 2/2009, p. 249 et s.

1) Les dirigeants de droit

*Les dirigeants en fonction

La notion de dirigeant ne faisant pas l'objet d'une définition spécifique, plusieurs approches ont été envisagées afin d'en tracer les contours. Est généralement considéré comme dirigeant de droit, celui qui a été investi des fonctions de direction, de gestion ou d'administration conformément aux statuts, à la loi régissant la personne morale considérée ou par décision de ses organes compétents. Peuvent également être considérés comme dirigeants de droit tous ceux qui, désignés dans des conditions régulières, ont pour mission de gérer la société sans en être les préposés, peu importe que la désignation ait été publiée ou non²⁷¹.

Ainsi, est donc un dirigeant celui qui a reçu non seulement un pouvoir de gestion mais aussi un pouvoir de représentation. Conformément à la définition retenue, l'obligation au passif incombe, dans les sociétés à responsabilité limitée, aux gérants, et dans les sociétés anonymes au directeur général, au président du conseil d'administration ou à la personne cumulant ces deux fonctions. Le cas échéant, en vertu de l'article L.225-51-1 du Code de commerce, elle incombe aux directeurs généraux délégués, aux administrateurs et aux membres du directoire. Dans les sociétés par actions simplifiées, à tous les dirigeants, c'est-à-dire le président et les autres dirigeants statutaires²⁷². Dans les sociétés en nom collectif et en commandite, aux gérants non associés. Dans les groupements d'intérêt économique, aux administrateurs qui ne sont pas membres du groupement. Dans les sociétés civiles, au gérant. Dans une association, au président. Selon le cas et le type de société, le dirigeant de droit peut être une personne physique mais aussi une personne morale. Ainsi, les administrateurs d'une société anonyme²⁷³, d'un groupement d'intérêt économique, le président d'une société par actions simplifiées, le gérant d'une société en nom collectif, ou d'une société civile, peuvent être des personnes morales. En revanche, sont obligatoirement des personnes physiques les gérants des sociétés à responsabilité limitée, et dans les sociétés anonymes, le président du conseil d'administration, le directeur général et les membres du directoire²⁷⁴.

Précisons que la qualité de dirigeant ne se perd pas par le non-exercice des pouvoirs. Un administrateur de complaisance reste un dirigeant de droit. Ainsi, un dirigeant ne peut se soustraire à sa responsabilité en prétendant avoir abandonné l'exercice de ses fonctions à un autre dirigeant de droit ou de fait.²⁷⁵ Pas plus qu'il ne peut, pour se soustraire de la responsabilité, prétendre qu'il s'est borné à mettre en œuvre la politique voulue par les associés majoritaires. Il ne peut pas non plus, s'agissant d'une banque dont le capital est indirectement détenu par un Etat étranger, prétendre avoir obéi aux instructions des autorités de son pays²⁷⁶. De même, le dirigeant de droit d'une société ne saurait se prévaloir d'une gestion de fait exercée par une autre personne, pour s'exonérer de sa responsabilité. Ce moyen

²⁷¹ Com. 26 janvier 1988, Rev. soc., 1988, 284, note CHAPUT.

²⁷² Article L.227-6 du Code de commerce.

²⁷³ C.com., art. L. 225-20, al. 1er

²⁷⁴ PEROCHON F. , BONHOMME R. , "Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement" , 8e édition ,L.G.D.J, Lextenso éditions, p.648, ISBN: 978-2-275-03390-7.

²⁷⁵ Cass.com.,3 mars 1998 n°604 D:RJDA 7/98 n°902; CA Rouen 31 mars 2005 n°01-3604, 2e ch: RJDA 8-9/05 n°1024; CA Paris 18 octobre 2005 n°04-9543, 3e ch.: RJDA 3/06 n°311.

²⁷⁶ Cass.com. 3 mars 1998 n°587 D: Cass.com.,3 mars 1998 n°604 D:RJDA 7/98 n°902.

revient, pour celui qui le soulève, à se prévaloir de sa propre turpitude. En effet, la présence d'un "homme de paille"²⁷⁷ destiné à occuper la place du dirigeant de droit, alors que la direction effective de l'entreprise est assurée par une autre personne, constitue une fraude. Celle-ci est passible de sanctions pénales en vertu de l'article L.123-5 du Code pénal. Le but est de dissimuler aux autorités de contrôle l'identité du véritable dirigeant. Aussi une cour d'appel décida-t-elle que celui qui a sciemment prêté son nom à l'accomplissement d'une telle fraude ne saurait s'en prévaloir²⁷⁸. En revanche, les directeurs techniques, unis à la société par un contrat de travail, ne sont pas considérés comme des dirigeants. Ils échappent donc à l'obligation de combler le passif social. En effet, malgré l'importance de leurs fonctions, ils demeurent des employés de la société, étant liés à cette dernière par un contrat de subordination.

Sont également exclus des dispositions de l'article L.651-2, tous ceux qui exercent une simple fonction de surveillance, notamment les membres du conseil de surveillance²⁷⁹. Leur fonction se limite aux tâches de contrôle. Elles ne s'étendent pas à la gestion proprement dite²⁸⁰. C'est pourquoi l'article L.225-257 du Code de commerce stipule que "les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité, en raison des actes de la gestion et de leur résultat". La jurisprudence a également confirmé cette solution²⁸¹. Cependant, dans les termes du droit commun, tous ceux qui exercent une simple fonction de surveillance demeurent responsables de leurs fautes personnelles. En outre, ils peuvent être considérés comme des dirigeants de fait s'ils ont joué un rôle actif dans la gestion de la société²⁸². Enfin, l'obligation au passif n'incombe pas aux commissaires aux comptes. Ayant pour mission de contrôler les comptes et de vérifier la régularité de la vie sociale, ils ne peuvent être reconnus comme des dirigeants de la société, à condition de ne pas s'immiscer dans la gestion et de ne pas être présumés responsables des mauvais résultats de celle-ci²⁸³.

L'article L.651-1 vise également les personnes physiques représentants permanents des dirigeants personnes morales. Il peut s'agir du cas où une personne morale est nommée administrateur d'une société anonyme²⁸⁴. Dans ce cas, elle doit désigner un représentant permanent soumis aux mêmes conditions et obligations que le dirigeant de droit. De ce fait, ce représentant encourt les mêmes responsabilités que s'il était administrateur en son nom²⁸⁵. Le représentant peut par conséquent être l'objet de sanctions en responsabilité pour insuffisance d'actif. En revanche, les représentants permanents de la personne morale ne sont pas

²⁷⁷ LEFEBVRE Francis. Dossiers Pratiques, "Maîtrise des risques du dirigeant", Edition Francis LEFEBVRE, 2009, p. 178, ISBN:978-2-85115-825-3.

²⁷⁸ CA Versailles 11 septembre 2003 n°02-7281, 13e ch: RJDA 2/04 n°206.

²⁷⁹ Cass. com., 9 mai 1978: D.1978, jurispr. p.149, note VASSEUR.M; CA Paris 8 juillet 1975: Rev. soc. 1976 p.144 note J.G; CA Paris, 3e ch., 9 juin 1995: Dr. sociétés 1995, comm. n° 214, obs. CHAPUT; Com., 12 juillet, Bull. civ. IV, n° 174.

²⁸⁰ LE CANNU. P. , " La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme", Bull joly 1989, § 174.

²⁸¹ Cass. com., 18 avril 1989. Bull joly 1989 n°210.

²⁸² MARTIN. J-F , "Les membres du conseil de surveillance sont-ils des dirigeants sociaux au sens de la loi du 25 janvier 1985, Gaz. Pal. doc 15 janvier 1991.

²⁸³ Agen, 26 janvier 1981, Bull. Cons. nat. des com. aux comptes 1981, 239.

²⁸⁴ Com. 6 décembre 1986, Rev. Soc., 1987, 409.

²⁸⁵ cf article L.225-20 du Code de commerce.

nécessairement les représentants légaux de celle-ci, mais simplement la personne désignée à cette fin, comme le prévoit la loi dans certains groupements.

A côté des dirigeants de droit, l'article L.651-2 évoque les dirigeants de fait.

2) Les dirigeants de fait

Tout comme la notion de dirigeant de droit, il n'existe aucune définition légale de la notion de dirigeant de fait. Mais ce dernier apparaît comme une personne n'ayant pas été régulièrement investie d'un pouvoir de gestion, d'administration de direction ou même de représentation, mais qui en réalité, s'immisce dans la gestion de la société, exerce une influence certaine sur la vie sociale, dispose d'une autorité et peut même engager la personne morale par ses décisions²⁸⁶. Une jurisprudence ancienne définissait le dirigeant de fait comme celui qui exerce "une activité positive et habituelle de haute gestion en toute indépendance et liberté"²⁸⁷. Reprenant cette solution, on considère désormais qu'un dirigeant de fait est celui qui exerce "en toute indépendance une activité positive de gestion et de direction"²⁸⁸. La qualité de dirigeant de fait est souverainement appréciée par les juges de fond²⁸⁹. Ces derniers se décident en se fondant sur un certain nombre d'indices. Ainsi, sont le plus souvent retenues comme indices d'une gestion de fait: la réalisation d'actes positifs engageant la société, la détention de pouvoirs étendus résultant d'une délégation de signature ou de pouvoirs, la détermination de la politique commerciale ou financière et enfin la gestion du personnel²⁹⁰.

Dès lors qu'une personne est, en apparence, investie d'un pouvoir de direction au même titre qu'un dirigeant de droit, elle est qualifiée de dirigeant de fait. Elle ne peut donc échapper aux obligations des dirigeants. C'est dans cette logique que le législateur soumet le dirigeant de fait au même régime qu'un dirigeant de droit²⁹¹. Les dirigeants de fait peuvent venir d'horizons divers. Il peut s'agir d'un parent ou ami du dirigeant de droit²⁹², d'un associé, d'un fournisseur, d'un salarié de la société²⁹³.

Une personne morale peut également être un dirigeant de fait, par exemple une banque, une personne exerçant une activité de direction par personne interposée²⁹⁴, ou encore une société-mère²⁹⁵. De même, il est possible de retenir la qualité de dirigeant de fait d'une collectivité publique. Dans ce cas, la qualification relève du juge administratif²⁹⁶. Comme pour les dirigeants de droit, seuls des faits antérieurs à l'ouverture de la procédure collective à

²⁸⁶ Cass. com., 6 octobre 1992: Bull. joly, 1992, p. 1288, § 412.

²⁸⁷ Com. 6 janvier 1998, JCP., 1998, II, 10068, note DAIGRE J-J, Com., 28 janvier 1997, Gaz. Pal. 1997, 1er sem., flash jurispr., p.130, obs, PERDRIAU.A.

²⁸⁸ Com., 12 juillet 2005, Bull. civ IV, n° 174; D.2005, AJ p. 2071, obs. LIENHARD. A.

²⁸⁹ Cass.com., 16 mars 1999: JCP E 1999 n°13, p. 546.

²⁹⁰ LEFEBVRE Francis. Dossiers Pratiques, "Maîtrise des risques du dirigeant" Edition Francis LEFEBVRE, 2009, p. 180, ISBN:978-2-85115-825-3.

²⁹¹ article L.651-2 du Code de commerce.

²⁹² Crim. 19 décembre 1994, Bull. joly, 1995.340: concubin de la gérante.

²⁹³ CA Paris, 11 janvier 2000, RPC 2001. 110, obs. BARRET.

²⁹⁴ Cass. com. 27 juin 2006 n° 922 : RJDA 5/07 n° 484, D. 2006 p. 2534 note DAMMANN et PASZKUDZKI.

²⁹⁵ CA Aix-en-Provence, 8e ch., 26 mai 1981 : D., 1983 IR, p. 60 obs. DERRIDA. F.

²⁹⁶ T. conflit 23 janvier 1989: JCP E 1990, II, 15577, note, ALFANDARIE.

l'encontre de la personne morale peuvent justifier la direction de fait²⁹⁷. Egalement, seul le tribunal ayant prononcé l'ouverture de la procédure collective est compétent en la matière²⁹⁸. Toutefois, il avait été décidé qu'un juge-commissaire puisse désigner une personne aux fins d'établir la qualité de dirigeant de fait²⁹⁹.

*** La preuve de la qualité de dirigeant de fait**

La qualité de dirigeant de fait ne se présume pas, elle doit être prouvée. La charge de la preuve appartient ici au demandeur d'action. Ce dernier doit donc établir les éléments démontrant une gestion de fait du dirigeant poursuivi. Exemple: l'immixtion dans la société. Toutefois, il s'agit d'une preuve délicate à apporter. La difficulté peut résulter de plusieurs raisons. D'abord, dans les entreprises dans lesquelles les fonctions ont été mal définies, notamment dans les petites, du fait de la multiplicité des tâches, une personne pouvant être appelée à exercer plusieurs fonctions. Ensuite, les entreprises dans lesquelles le pouvoir n'appartient pas réellement au dirigeant de droit, mais à d'autres entités telles que la société mère, l'associé majoritaire, la banque soutenant l'entreprise ou encore l'expert comptable qui outrepassa sa mission pour imposer des décisions de gestion fondamentales de la société. Il est donc important, pour éviter de telles confusions, de bien tracer la distinction entre activité de gestion, activité de conseil et activité de surveillance. Aussi, seuls des indices concrets et concordants permettent d'établir la direction de fait. En outre, il peut s'agir de la signature des comptes bancaires, de la participation active dans la prise de décisions relevant d'attribution directoriales³⁰⁰. La Cour contrôle la pertinence des motifs invoqués par les juges de fond pour retenir la direction de fait³⁰¹. Faute de démontrer que les actes effectués, pouvant recevoir la qualification d'actes de direction, l'ont été en toute indépendance, la preuve de la direction de fait n'est point rapportée³⁰². Au cours d'une instance pénale, la caractéristique de la direction de fait s'impose au juge civil³⁰³. Réciproquement, l'établissement de cette direction, dans le cadre d'une instance civile, s'impose à la juridiction répressive³⁰⁴.

*** La rémunération du dirigeant**

Le texte ne la précise pas. Mais, comme dans la législation antérieure à 2005³⁰⁵, il importe peu que le dirigeant soit rémunéré ou pas. Le fait qu'il ne soit pas rémunéré n'est pas de nature à l'exonérer ou à l'écarter des dispositions de l'article L.651-2 du Code de commerce. Peut donc être condamné à combler le passif aussi bien un dirigeant rémunéré qu'un dirigeant non rémunéré (un bénévole). Le juge peut seulement tenir compte de cette indication dans l'appréciation de la faute et la détermination de sa sanction³⁰⁶.

²⁹⁷ Cass. com., 14 janvier 2004: Rev. proc. coll. 2005, n°2. p. 154, n°4 obs. BARRET. A.

²⁹⁸ CA Orléans 8 mars 2001: RJDA 5/2001 n° 620.

²⁹⁹ Cass. com., 15 mai 2001: Bull. civ. IV, n° 90.

³⁰⁰ Cass. com., 19 février 2002: RJDA 7/2002, n°791. CA Paris, 12 avril 2002 : RJDA 10/2002, n°1030.

³⁰¹ Cass. com., 16 mars 1999: RJDA 5/1999, n° 557.

³⁰² Cass. com. 27 février 2007: Dr. soc. mai 2007, n°95, obs. LEGROS. J-P.

³⁰³ Cass. com., 3 octobre 2000: Act. proc. coll. 18/2000, n°235.

³⁰⁴ Cass. com., 10 mars 2004. RD banc. et fin. 5/2004, n°213, obs. LUCAS. F-X.

³⁰⁵ ancien article L.624-3 du Code de commerce.

³⁰⁶ LIENHARD. A. , "Procédures collectives", 3e Editions Delmas 2009, p.547. ISBN: 9782247083268.

Les développements qui viennent d'être faits concernent essentiellement les dirigeants en fonction. Mais l'obligation de combler le passif peut aussi toucher d'autres dirigeants, comme ceux qui ne sont plus en fonction ou encore les dirigeants décédés.

3) Situations particulières des dirigeants

*Le dirigeant retiré

En l'espèce, la question qui se pose est de savoir si un dirigeant qui n'est plus en fonction au moment de l'ouverture de la procédure collective peut être condamné à combler le passif social.

La mise en cause du dirigeant retiré s'impose si l'on veut éviter des démissions ayant pour objectif d'échapper à une éventuelle responsabilité. Ainsi, le dirigeant est responsable des actes de gestion qui lui sont imputables, à condition que ceux-ci aient été commis avant l'ouverture de la procédure collective. Le dirigeant est donc tenu de combler le passif si l'insuffisance d'actif est survenue alors qu'il était encore en fonction.³⁰⁷ Il ne peut par conséquent être rendu responsable des actes de ses prédécesseurs et encore moins des actes de leurs successeurs.

En revanche, il n'est pas nécessaire qu'il soit encore en fonction lors de l'ouverture de la procédure collective³⁰⁸, qui est aujourd'hui la liquidation judiciaire. En effet, il peut être poursuivi même s'il n'est plus en fonction au moment de la cessation des paiements ou du prononcé de la procédure collective, dès lors qu'il a continué à s'immiscer dans la gestion de la société ou lorsque l'ouverture de la procédure collective est la conséquence d'une solution créée lorsqu'il était dirigeant de la société³⁰⁹. Ainsi, le dirigeant retiré doit supporter les conséquences de sa mauvaise gestion. Il ne faut donc pas permettre au dirigeant fautif de "quitter le navire alors que son délabrement rend le naufrage prévisible"³¹⁰. Toutefois, la responsabilité du dirigeant ne saurait être recherchée si la situation ayant conduit à la cessation des paiements est postérieure à son retrait des affaires sociales, ou à sa démission, ceci alors même que son retrait n'a pas été régulièrement publié.³¹¹ A contrario, si le dirigeant a poursuivi ses fonctions après l'évènement consacrant son départ, rien n'empêche de le poursuivre pour des faits postérieurs, à condition de démontrer sa qualité de dirigeant de fait³¹².

De plus, le dirigeant qui a démissionné à une époque où la société était fleurissante, ne peut être condamné à combler le passif, n'ayant pas pris part à la situation ayant conduit la société à déposer le bilan³¹³, même si la société n'a pas été inscrite au registre de commerce. En outre,

³⁰⁷ Cass.com., 14 oct. 2008: Dr.soc.déc. 2008, n° 249, obs. LEGROS. J-P.

³⁰⁸ CA Caen 14 février 2008, Bull. Joly 2008.611, note VOINOT.

³⁰⁹ Com. 27 avril 1993, Rev. Soc. 1993.871, note Le NABASQUE.

³¹⁰ PEROCHON. F., BONHOMME R., "Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement", 8e édition, L.G.D.J., Lextenso éditions, p. 649, ISBN: 978-2-275-03390-7.

³¹¹ Cass. com., 14 octobre 1997, Bull. civ. IV, n°254; Bull. Joly 1997, p. 1083, note CALENDINI. J-M.

³¹² Cass. com., 16 novembre 1987: Rev. proc. coll. 1988, p. 205, obs. DEVEZE. J.

³¹³ CA Versailles 2 décembre 1999: RJDA 4/2000, n°456.

le défaut de publication de la nomination d'un dirigeant n'empêche pas la mise en cause de ce dernier .

***Le dirigeant décédé**

Le décès d'un dirigeant n'est pas un obstacle à l'action prévue par les articles L.651-1 et L.651-2 du Code de commerce. Dans ce cas, elle peut être exercée contre ses héritiers³¹⁴. Il en est de même en cas de décès du dirigeant en cours d'instance. La Cour de cassation a estimé que l'action doit être intentée dans l'année du décès du dirigeant³¹⁵. En outre, les héritiers peuvent être directement poursuivis pour les fautes commises par le dirigeant, sans que la procédure ait été engagée contre lui avant son décès³¹⁶. Mais si le décès est intervenu avant le jugement d'ouverture, il doit avoir eu lieu à une époque où la situation génératrice de l'insuffisance d'actif existait déjà³¹⁷. Pour dégager leur responsabilité, les héritiers doivent apporter la même preuve que celle qui incombait à leur auteur, à savoir qu'ils ont apporté à la gestion de l'affaire sociales toute l'activité et la diligence nécessaires.

Au terme de cette section, il ressort que la responsabilité pour insuffisance d'actif vise essentiellement deux catégories de personnes, à savoir les personnes morales de droit privé et les dirigeants personnes physiques, que ces derniers soient régulièrement investis d'un pouvoir de gestion ou qu'ils le soient par une gestion de fait simplement. Il convient néanmoins de préciser qu'en la matière, le droit n'a pas connu une réelle évolution. En effet, comme sous l'empire des législations antérieures, notamment la loi du 25 janvier 1985 et celle du 26 juillet 2005, étaient visées les mêmes personnes que celles citées par les articles L.651-1 et L.651-2, la seule modification se situant au niveau de la rémunération ou non du dirigeant. En effet, l'ancien article L.624-3 du Code de commerce précisait que "... les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux". Mais s'appuyant sur la jurisprudence qui estimait que les dirigeants qui ont accepté une telle fonction pour "rendre service", ne peuvent exciper de cet argument pour échapper à leur responsabilisé³¹⁸. Cette précision a alors été supprimée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005.

Il ressort également que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif a bien une nature juridique de responsabilité. Par conséquent, comme toute responsabilité, elle est soumise à la réunion de certaines conditions.

³¹⁴ Cass. com., 6 février 1979, CA Versailles 27 février 1997, 13e ch., : RJDA 1/98 n° 85.

³¹⁵ Cass. com., 21 juin 2005, D.2005, act. jur. p. 1848, obs. LIENHARD. A.

³¹⁶ CA Versailles , 27 février 1997: RJDA 1/1998, n°85.

³¹⁷ Cass. com., 21 juin 2005, D.2005, act. jur. p. 1848, obs. LIENHARD. A.

³¹⁸ Cass. com., 31 janvier 1995, Bull. Joly 1995, p. 341, obs. COURET.A: Cass. com.,9 mai 1995, D. 1996, somm. p. 84, obs. HONORAT.A; Cass. com., 23 juin 1998, RTD Com. 2001, p. 242, obs. MASCALA. C.

SECTION 2: LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

Comme toute responsabilité, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut être engagée qu'à certaines conditions. Compte tenu de sa particularité, les conditions diffèrent de celles du droit commun. L'article L.651-2 du Code de commerce dispose que "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. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables."

Par conséquent, pour engager la responsabilité d'un dirigeant pour insuffisance d'actif, le demandeur doit démontrer trois éléments, à savoir la faute de gestion du dirigeant, (paragraphe 1), l'insuffisance d'actif au titre du préjudice subi et, comme pour toute responsabilité, le lien de causalité entre la faute de gestion et le dommage (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1: LA FAUTE DE GESTION DU DIRIGEANT : CONDITION DE FOND DE LA RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

La responsabilité pour insuffisance d'actif est fondée sur une faute de gestion. Cependant, seules les fautes commises avant l'ouverture de la procédure sont prises en compte .

A: L'exigence d'une faute de gestion

Le dirigeant ne saurait être condamné à défaut de l'existence d'une faute de gestion. Mais que faut-il entendre par faute de gestion?

Il n'existe pas de définition légale de la faute de gestion, mais l'étude de la jurisprudence permet d'en dégager les traits caractéristiques. Classiquement, la faute de gestion s'apprécie par référence à l'attitude d'un bon père de famille, en l'occurrence d'un dirigeant normalement avisé³¹⁹.

1) La faute de gestion: une notion largement comprise

*** La faute de gestion suppose a priori une relation entre la faute commise et la gestion, ou l'administration de la société.**

Dans ce sens, la jurisprudence est très extensive, car la quasi-totalité des décisions du dirigeant ont ou peuvent avoir une incidence sur la gestion. En effet, la gestion, largement entendue, ne se réduit pas à l'exploitation. Ainsi, il y a faute de gestion en cas de violation de

³¹⁹ PEROCHON Françoise , Régine BONHOMME Régine . "Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement" , 8e édition ,L.G.D.J, Lextenso éditions, p.654, ISBN: 978-2-275-03390-7.

règles relatives à la gestion de la société, par exemple l'absence de désignation d'un commissaire aux comptes³²⁰, l'absence de réunion des assemblées d'associés³²¹, l'absence de déclaration de la perte de la moitié du capital social³²², l'absence de reconstitution des capitaux propres³²³, la réalisation d'opérations étrangères à l'objet social³²⁴, le non-respect de la procédure en cas d'acquisition d'un bien d'une certaine valeur à un associé³²⁵, le défaut de contrôle rigoureux sur la gestion et la tenue de la comptabilité de la société³²⁶. De même, ont été qualifiées de faute de gestion, la privation à la société de la quasi-totalité de sa trésorerie³²⁷ et l'absence de consultation des associés sur la poursuite éventuelle de l'activité³²⁸.

*** Une incompétence manifeste des dirigeants en matière de gestion peut constituer également des fautes de gestion.**

Sont constitutives de faute de gestion, les erreurs commises dans le choix des investissements, inadaptés ou excessifs, d'un centre de loisirs, ayant entraîné sa cessation de paiement avant l'ouverture de la procédure³²⁹. Il peut aussi être question du financement massif accordé à une filiale par une société-mère, ce qui conduit à ruiner la filiale³³⁰. Au contraire, le reproche d'investissements inadaptés ou excessifs ne peut plus être adressé lorsque le dirigeant s'est entouré de conseil d'une société spécialisée qui a procédé à une étude prévisionnelle de faisabilité³³¹. La faute est caractérisée également par le fait de démarrer une activité avec des fonds propres insuffisants³³² et de la poursuivre sans remédier à cette situation³³³. Ou pour la conclusion d'un contrat se révélant catastrophique pour une société déjà fragile³³⁴. Ou encore le fait pour un dirigeant d'acheter des fonds de commerce et de les revendre peu de temps après à un prix inférieur, entraînant des indemnités de licenciement du personnel³³⁵. Il en est de même de l'absence de mise en place de moyens de gestion adaptés³³⁶ notamment des moyens comptables³³⁷. La faute de gestion pourra également tenir au fait de

³²⁰ Com.23 novembre 1999, Bull. Joly 2000, n° 76, note BARBIERI. J-F.; CA Paris, 18 novembre 1997, Bull. Joly 1998, 250, note, BARBIERI. J-F.

³²¹ CA Bordeaux, 2e ch., 10 janvier 1991, Rev. proc. coll. 1992, 222, n°1, obs. CHAPUT.Y.

³²² CA Bordeaux, 23 octobre 1995, Dr. sociétés 1996, n°34, obs. CHAPUT.Y.

³²³ CA Paris, 3e ch., A, 9 décembre 2003, RG n°2002/14779.

³²⁴ CA Versailles, 13e ch., et CA Paris, 3e ch. A, 5 mai 1998, Rev. proc. coll. 1999, 43, n° 3, obs. MARTIN-SERF. A.

³²⁵ T. Com. Villeneuve-sur.Lot, 16 février 1996, Bull. Joly 1996,413, note DAIGRE J-J.

³²⁶ Cass. com., 18 février 1992, RJDA 571992, n° 521.

³²⁷ Cass. com., 30 juin 2009 n°08-13.464.

³²⁸ CA Paris 17 février 2009 n° 08-977, 3e ch. :RJDA 6/09 n°564.

³²⁹ Com.19 mars 1996, Bull. Joly 1996. 614, note COURET; RTD Com. 1996, p. 545, obs. HAEHL; comp. Com. 25 novembre 2008, Bull. Joly 2009.491, note GOURDON.

³³⁰ CA Paris, 3e ch. A, 13 novembre 2007, RG n°07/01145; Rev. proc. coll. 2008, p. 71, n° 87, note MARTIN-SERF. A.

³³¹ Com. 29 octobre 2002, n°99-14.906, NP, DICT. PERM. Difficultés des entreprises, Bull.231, 9 décembre 2002, p. 58

³³² CA Dijon, ch. civ., sect. B, 30 juin 2005, RG n° 04/1777, RD banc.et fin. janvier-février. 2006, 27, p.26, note LUCAS. F-X; RJDA 2007/1 p. 77, n° 78.

³³³ Com. 28 novembre 2000, n° 97-15.985, NP, RJDA 2001/3, n° 346.

³³⁴ Com. 7 juin 2005, n° 04-13.262, NP n° 864 F-D, JCP E 2005, 1751, p. 2058, note DELATTRE Ch.; Rev. proc. coll. 2006/3, p. 291, n°3 obs. MARTIN-SERF.A.

³³⁵ Com. 30 juin 2009, n°08-13.464, NP n° 647 FD.

³³⁶ Com. 14 décembre 1993, n° 91-20.839, Bull. civ. IV, n° 473.

³³⁷ Com. 27 mai 2003, n° 00-14.981,NPT.

laisser vacants des postes de direction³³⁸, ou même le fait d'avoir une masse salariale trop importante³³⁹. Et ce n'est pas tout.

***La faute de gestion peut encore résulter de l'incurie des dirigeants.**

Il en sera ainsi, d'abord en cas de passivité ou d'abstention du dirigeant³⁴⁰. Ainsi, est fréquemment retenu contre les dirigeants de sociétés, le retard avec lequel ils ont déclaré la cessation des paiements. Cette faute de gestion peut être invoquée aussi bien contre le gérant ou le président du conseil d'administration³⁴¹ que contre les administrateurs, et même contre des dirigeants de fait³⁴². Mais la faute de gestion n'est pas établie si la cessation des paiements n'était avérée³⁴³. De même, commet une faute de gestion, du fait de sa passivité, le dirigeant qui délègue tous ses pouvoirs³⁴⁴, notamment le fait pour un dirigeant de droit de laisser la gestion à un dirigeant de fait³⁴⁵. Il en est de même, dans certains cas, pour le gérant qui ne surveille pas la gestion du cogérant³⁴⁶.

L'incurie peut ensuite résulter de l'absence de décision du dirigeant, par exemple l'absence de prise de mesures à la suite d'une procédure d'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes³⁴⁷. Comme pour la passivité, cette faute peut être retenue à l'encontre de simples administrateurs d'une société anonyme. Il leur sera reproché un manquement au devoir de contrôle et de surveillance du président du conseil d'administration ou du directeur général³⁴⁸.

*** La faute de gestion n'est pas caractérisée en fonction du degré de gravité.**

Lors des travaux préparatoires de la loi de 1985, le Sénat avait proposé de ne retenir que la faute grave de gestion³⁴⁹. Ce fût la solution adoptée par une jurisprudence. En l'espèce, il avait été jugé que le dirigeant, gérant de la société, ne saurait être condamné, en application de l'article 180 (devenu l'article L.651-2 du Code de commerce), à combler le passif de la société en liquidation judiciaire, en l'absence de tout comportement frauduleux et de faute de gestion nettement caractérisée et suffisamment "grave" pour trancher avec le comportement habituel du commerçant malheureux de bonne foi.³⁵⁰ Mais cet amendement a été repoussé. Le

³³⁸ Com. 3 octobre 2000, n°96-15.514, NPT, Bull. Joly 2001, p. 24, n° 4, note Le CANNU.P.

³³⁹ Com. 28 mars 2000, n°97-17.834, NPT, Bull. Joly 2000, n° 134, note DAIGRE. J.-J.

³⁴⁰ Com. 30 novembre 1993, B. 440 ; Bull. Joly 1994.410, note. PETEL; Com. 8 juillet 2003, n° 00-15.919; B. 129.

³⁴¹ Com.25 mars 1997, DP juin 1997, p. 89, obs. BERTREL.

³⁴² Com.6 janvier 1998, n°95-18478, B.6.V. CUNHA, Au-delà du réel: la sanction du dirigeant de fait..., PRC 200.24.

³⁴³ CA Paris 18 février 2000: RJDA11/2000, n°1023.

³⁴⁴ CA Bordeaux 2 janvier 2006, Rev. proc. coll. 2007/4, p. 234, n°2, obs. MARTIN-SERF.A.

³⁴⁵ Com. 23 juin 1998, n° 95-21.458, NP, RTD Com.1999,983, obs. MASCALA.C.; CA Versailles, 13e ch.,21 décembre 2000, RJDA 2001/4, n°487.

³⁴⁶ Com. 8 octobre 2003, n° 00-20.070, NP, Act. proc. coll. 2003/19, n°252.

³⁴⁷ Com. 25 juin 2002, n° 99-20.048, NPT, RJDA 2002/12, p. 1101, n°1305.

³⁴⁸ Com. 10 mars 2004, n° 01-03.004, NP.

³⁴⁹ JO Sénat, 8 juin 1984, p. 1443.

³⁵⁰ Bourges, 3 juin 1998: JCP E 1999, n° 37, p. 1417.

Garde des Sceaux de l'époque, M. BADINTER, avait estimé qu'il s'agissait d'une faute par rapport "à des normes de gestion"³⁵¹.

On peut en déduire que toute faute peut constituer une faute de gestion. Conformément au droit commun de la responsabilité, une simple imprudence, légèreté, maladresse, et naturellement toute violation de la loi, peuvent être retenues.

Pour certains auteurs³⁵², cette solution paraît aujourd'hui inadaptée dans un droit qui prétend inciter à l'entrepreneuriat, et qui doit de ce fait accepter une certaine prise de risque, ainsi que l'échec économique. Dans cette logique, le droit devrait épargner le maladroit ou le malchanceux, et ne sanctionner que les dirigeants malhonnêtes ou gravement fautifs. Or la faute de gestion ne permet pas cette distinction. A l'inverse, les fautes les plus graves peuvent être qualifiées de faute de gestion alors qu'elles sont susceptibles de fonder le prononcé de la faillite personnelle ou de la banqueroute. Tel n'était pas le cas sous l'empire de la loi de sauvegarde de 2005. En effet, entre 2005 et 2009, la loi avait réservé une place à l'obligation aux dettes sociales, qui avait succédé à l'ouverture d'une procédure collective personnelle à titre de sanction (loi du 25 janvier 1985). L'article L.652-1 du Code de commerce, qu'a abrogé l'ordonnance du 18 décembre 2008, excluait donc la responsabilité pour insuffisance d'actif en présence de certaines fautes, désormais visées par l'article L.653-4 du Code de commerce pour le prononcé de la faillite personnelle.

2) Prise en compte de l'intérêt social dans la détermination de la faute de gestion

Selon certains auteurs, le critère de la faute de gestion réside dans la notion d'intérêt social³⁵³. Seront donc jugés fautifs les comportements des dirigeants non conformes à l'intérêt de la société. Ainsi, commet une faute de gestion sur le fondement de l'intérêt social, le dirigeant qui aura disposé des biens de la personne morale, comme des siens propres³⁵⁴, soit en effectuant des prélèvements importants, et sans justification sur le compte social³⁵⁵, soit en payant des dettes personnelles à l'aide des deniers sociaux³⁵⁶, ou celles d'une autre société dans laquelle le dirigeant est intéressé³⁵⁷. De même, sera condamné à combler le passif le dirigeant qui perçoit une rémunération démesurée alors que l'exploitation est déficitaire³⁵⁸, celui qui rétribue les membres de sa famille pendant la poursuite d'activité déficitaire³⁵⁹, ou encore celui qui profite de la poursuite d'activité pour faire diminuer les dettes qu'il a cautionnées³⁶⁰ ou pour permettre le remboursement du compte courant d'une société dans

³⁵¹ JO Sénat , 8 juin 1984, p. 1443, voir SAINT-ALARY HOUIN. C., "Droit des entreprises en difficulté", 3e édition, Montchrestien, 1999, n°108

³⁵² PEROCHON. F. , BONHOMME R. "Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement" , 8e édition ,L.G.D.J, Lextenso éditions, p. 656, ISBN: 978-2-275-03390-7.

³⁵³ COZIAN M. ,VIANDIER. A. , DEBOISSY. F. " Droit des sociétés", 22e édition, 2009, n° 264, LexisNexis Litec , ISBN:978-2-7110-1150-6.

³⁵⁴ Com. 11 juillet 1995, n°93-15.864, NPT, JCP 1995,II , 22549, note GIBIRILA; CA Paris, 17 ,octobre 1997, Rev. proc. coll. 1998, 111, obs. MARTIN-SERF.A.

³⁵⁵ Com. 13 novembre 2007 , n° 06-13.212, NP, n°1239 F-D, Gaz. proc. coll. 2008/1, p. 68 note MONTERAN.T.

³⁵⁶ CA Paris, 3e ch. B, 24 février 2006, Rev. proc. coll. 2007/4, p. 234 n°1, obs. MARTIN-SERF.A.

³⁵⁷ CA Paris, 3e ch.A , 11 septembre 2007, RG n° 06/12784)

³⁵⁸ CA Paris, 3e ch. B, 24 février 2006, Rev. proc. coll. 2007/4, p. 234 n°1, obs. MARTIN-SERF.A.

³⁵⁹ Com. 16 décembre 2008, n° 07-18.513, NP, n° 1374 F-D.

³⁶⁰ Com. 21 janvier 2003, n° 01-03.656, NPT, n° 131 F-D.

laquelle il est intéressé³⁶¹. Dans ce cas, il est possible de rapprocher l'hypothèse du dirigeant ayant un compte courant débiteur dans la société³⁶².

En somme, bien qu'ayant commis une faute de gestion, le dirigeant ne pourra être condamné à combler le passif que si la faute est antérieure à l'ouverture de la procédure.

B: Antériorité de la faute de gestion à l'ouverture de la procédure

L'action en comblement du passif ayant pour objet de sanctionner les comportements antérieurs fautifs du dirigeant, au jugement d'ouverture de la procédure, seules les fautes résultant de sa gestion antérieure seront prises en compte³⁶³. Les dettes nées ensuite sont exclues de la détermination du passif qui sera supporté par le dirigeant fautif³⁶⁴.

Au terme de cette analyse, deux précisions doivent être apportées. La première consiste à rappeler que, bien qu'engageant la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers, dans le cas d'une société en difficulté, la faute séparable des fonctions n'est pas exigée,³⁶⁵ contrairement à ce qui a été étudié dans les sociétés "in bonis", à l'exception, toutefois, du créancier ayant subi un préjudice distinct de celui du groupe. S'agissant de la deuxième précision, il convient de noter que, depuis la réforme du 25 janvier 1985, la faute doit désormais être prouvée conformément au droit commun de la responsabilité. En effet, il revient à celui qui veut engager la responsabilité du dirigeant de démontrer que ce dernier a commis une faute. Or, la situation n'était pas la même sous l'empire de la loi de 1967. A cette époque, le législateur avait institué un régime de présomption de faute et du lien de causalité, à charge pour le dirigeant poursuivi d'en rapporter la preuve contraire. En effet, les progrès technologiques en matière de gestion facilitent aujourd'hui cette preuve, qui était autrefois très difficile à établir, du fait des défaillances techniques dans cette discipline.

Par ailleurs, pour engager la responsabilité du dirigeant, il faut que sa faute de gestion ait contribué à l'insuffisance d'actif.

PARAGRAPHE 2: LES AUTRES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

La constatation de la faute de gestion ne suffit pas à retenir la responsabilité des dirigeants sur le fondement de l'article L651-2. Encore faudrait-il que cette faute soit à l'origine de l'insuffisance d'actif. En effet, depuis la loi du 25 janvier 1985, en plus de la faute commise, il convient d'établir le préjudice subi par les tiers et le lien de causalité entre les deux. Cela soumet vraiment cette action aux principes généraux de la responsabilité civile.

A: Le préjudice constitué par l'insuffisance d'actif

³⁶¹ CA Paris, 3e ch .A, 23 mai 2006, RG n°2004/04151.

³⁶² CA Paris, 3e ch .B , 31 octobre 2003, RG n° 2003/00218.

³⁶³ Cass.com., 14 mars 2000 n°684: RJDA 7-8/00 n° 788.

³⁶⁴ Cass.com., 28 février .1995. RJDA 5/1995, n° 651. ; Cass.com., 14 mars 2000 n°684: RJDA 7-8/00 n° 788.

³⁶⁵ Com.28 avril 1998, J.C.P., 1998, ed. E, 1258, noto GUYON.Y

1) L'évaluation de l'insuffisance d'actif

L'article L.651-2 du Code de commerce précise que la faute de gestion doit avoir contribué à l'insuffisance d'actif. A défaut, l'action en comblement du passif serait irrecevable. La notion d'insuffisance d'actif se distingue des notions voisines telles que: le passif qui se définit comme l'ensemble des dettes de la société, et la cessation des paiements qui est l'impossibilité pour un débiteur de faire face au passif exigible avec son actif disponible.

Il y a insuffisance d'actif lorsque "le passif antérieur externe est supérieur à l'actif existant au moment où le juge statue"³⁶⁶. Il a donc été considéré que le montant de l'insuffisance d'actif est la différence existant entre l'ensemble du passif de la société et l'ensemble de son actif, tel qu'il résulte des réalisations effectuées en plan de cession ou en liquidation judiciaire³⁶⁷.

Pour déterminer l'insuffisance d'actif existant, l'intégralité de l'actif doit être prise en compte, à savoir, le produit des réalisations, les sommes existant au crédit des différents comptes de la société, ainsi que la valeur vénale du patrimoine social. Mais en cas de liquidation judiciaire, il n'y a pas lieu d'attendre la réalisation³⁶⁸. De mêmes, seules les dettes antérieures au jugement d'ouverture sont prises en compte³⁶⁹. Ainsi, il a été décidé que toutes les dettes nées de la poursuite de l'activité doivent être exclues de la détermination du passif³⁷⁰. Seront également exclues du passif, lors de la détermination de l'insuffisance d'actif, les indemnités de licenciement économiques, effectuées après le jugement d'ouverture³⁷¹, les frais et honoraires dus au titre de la procédure collective³⁷² et les frais de réalisation des actifs³⁷³. Cependant, l'insuffisance d'actif peut exister même avant la clôture des comptes, dès lors que la différence entre le passif et l'actif est indiscutable³⁷⁴. Poursuivant cette logique, la jurisprudence a décidé que l'insuffisance d'actif n'a pas à être définitivement chiffrée pour condamner les dirigeants, il suffit qu'il soit établi le jour où les juges statuent que la procédure d'apurement du passif de la personne morale ne permettra de payer intégralement tous les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture³⁷⁵. Mais il est indispensable que le passif soit un jour vérifié, car la dispense de vérification du passif chirographaire ne saurait exister lorsqu'une action en comblement du passif est envisagée.

Tout comme pour la faute, seule la gestion antérieure du dirigeant doit être considérée dans la détermination de l'insuffisance d'actif, et non celle postérieure à la déclaration de cessation de

³⁶⁶ PEROCHON. F. BONHOMME. R. , "Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement" , 8e édition ,L.G.D.J, Lextenso éditions, p. 656 ,ISBN: 978-2-275-03390-7.

³⁶⁷ CA Paris, 3e ch. B, 15 nov. 2007, RG n°2005/19850; Rev. proc. coll, 2008, p. 71, n°88, note MARTIN-SERT.A

³⁶⁸ LIENHARD A., "Procédures collectives", 3e Editions Delmas 2009, p. 557.

³⁶⁹ Cass.com., 18 mars, 2008, n°02-21.616, NP n° 385 F-D, Gaz. proc. coll. 2008/3, P. 64, note MONTERAN Th.

³⁷⁰ Com. 24 janvier 1989, n°86-15.246, NP.

³⁷¹ Com. 18 mars 2008, Dr. société, juillet, 2008, 151, p. 20, note LEGROS.

³⁷² Com 2 juin 1987, n° 85-15.713, Bull.civ. IV, n°130.

³⁷³ Com. 16 février 1993, n°90-21.331, Bull.civ. IV, n°67.

³⁷⁴ Cass.com., 9 mars 1976, n°74-13.215, Quot. jur. 29 septembre 1976.

³⁷⁵ Cass.com., 28 mai 1991, n°89-21-116, Bull.civ.IV, n°187, Rev.soc.1992, p. 373, note HONORAT, D. 1992, som., p. 184.

paiements³⁷⁶, car l'insuffisance d'actif existant à ce moment constitue le plafond de la condamnation que peut encourir le dirigeant³⁷⁷.

Une fois l'insuffisance d'actif constatée, le tribunal peut ordonner la production, aux débats, de tous les éléments qui permettent de fixer le montant des dettes sociales à mettre à la charge du dirigeant³⁷⁸. Ainsi, le fait que certaines créances soient contestées ne peut suffire à écarter la condamnation du dirigeant à combler le passif, dès lors que les créances contestées sont supérieures aux actifs, car la contestation des créances n'a pas pour effet d'augmenter l'actif, mais seulement de réduire le passif³⁷⁹. Toutefois, les juridictions ne peuvent se contenter d'un passif déclaré à titre provisionnel³⁸⁰ pour déterminer l'insuffisance. De même, ils ne peuvent se contenter d'un état provisoire des créances³⁸¹.

Il convient cependant de préciser qu'en cas d'extension sur le fondement de la confusion des patrimoines, ou de la fictivité, seule l'insuffisance d'actif de la personne morale dirigée par le dirigeant condamné, sera prise en compte³⁸². Il ne peut y avoir, en la matière, qu'un seul passif et un seul actif: ceux de la personne morale dirigée par le dirigeant fautif.

La législation actuelle ne prévoit l'action en comblement du passif qu'en cas de liquidation judiciaire. Par conséquent, l'insuffisance d'actif ne s'apprécie désormais que par rapport à cette procédure. Mais quelle était la situation dans les législations antérieures?

2) La situation sous l'empire des législations antérieures

*Insuffisance d'actif et plan de continuation

Sous l'empire de la loi de 1967, l'action en comblement du passif pouvait exister malgré l'homologation d'un concordat³⁸³. De même, sous l'empire de la loi de 1985, l'action en comblement du passif était envisageable après arrêté d'un plan de continuation (cf. ancien article L.624-3 du Code de commerce). Cette solution a d'ailleurs été adoptée par la Cour de cassation qui affirma que "l'arrêté d'un plan de continuation ne fait pas obstacle à ce que l'insuffisance d'actif soit mise à la charge du dirigeant"³⁸⁴. Cependant, cette solution a été critiquée: envisager l'action en comblement du passif dans le cadre d'un plan de continuation supposait que tout le passif social devait être payé. Dès lors, il ne pouvait en pratique y avoir une insuffisance d'actif. Considérant ces critiques, le législateur de 2005 a rendu possible la condamnation à ne combler le passif qu'une fois le plan de sauvegarde ou de redressement résolu.

³⁷⁶ Cass. com., 5 décembre 1984, n°83-15.566, D.1985, I.R., p. 199, Bull.civ. IV, n°334.

³⁷⁷ Cass. com., 20 décembre 1988, n°87-17.017, Rev. soc. 1989, p.502, note HONORAT.

³⁷⁸ Cass.com., 3 mai 1978, n°76-11.298, Bull. civ. IV, n°128.

³⁷⁹ Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-19.55, 577, NPT.

³⁸⁰ Cass. com 3 octobre 2006, n°05-15.150, NP, ACT. proc. coll. 2006/19, n°239, note VALLANSAN.J

³⁸¹ Cass. com., 3 décembre 2003, n°01-02.046, NP, RD bans et fin.

³⁸² Cass.com., 23 mai 2000, LPA 6 février 2001, n°40, p. 9, note RAIMON. M.

³⁸³ Com. 20 janvier 1998, n°95-16.344, Bull. civ.IV, n°34.

³⁸⁴ Cass.com., 21 novembre 2006, n°02-20.443, Bull.civ. IV, n°228.

B: Le lien de causalité entre la faute et l'insuffisance d'actif

L'article L.651-2, du Code de commerce, reprenant les dispositions de l'ancien article L.624-3 dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde, précise que la faute de gestion doit avoir contribué à l'insuffisance d'actif. Il s'agit ici d'une adaptation de la règle de droit commun de l'article 1382 du code civil, qui prévoit un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi. Bien que le législateur n'évoque pas explicitement le lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif, le terme "contribué" fait évidemment penser à ce lien. Selon la jurisprudence, il s'agit d'une conception lâche du lien de causalité³⁸⁵. On pourrait penser que l'objectif du législateur était d'éviter la condamnation systématique du dirigeant, à la moindre inobservation de la loi. Il est par exemple difficile de prouver que la convocation tardive d'une assemblée (qui peut pourtant constituer une faute de gestion) a contribué à l'insuffisance d'actif. En définitive, pour retenir un lien de causalité, il n'est pas besoin que la faute soit à l'origine exclusive du dommage. Aussi, un dirigeant peut être déclaré responsable sur le fondement de l'article L.651-2 du Code de commerce, même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif³⁸⁶, peu importe qu'elle soit la cause unique ou la principale.³⁸⁷ Par ailleurs, l'ancienneté de la faute d'un dirigeant ne permet d'exonérer un autre dirigeant fautif. Selon l'article L.651-2 du Code de commerce, chaque dirigeant est responsable de ses fautes. Aussi, le fait que les difficultés de l'entreprise soient principalement dues à l'attitude des tiers, ne suffit pas à exonérer les dirigeants de leurs fautes. En outre, une action récursoire des dirigeants condamnés est possible, à charge pour eux de démontrer que les personnes contre lesquelles ils exercent le recours ont contribué à l'insuffisance d'actif par leur faute, laquelle doit être en rapport avec l'activité³⁸⁸.

Notons, toutefois, qu'un amendement présenté à l'occasion du vote de la loi de sauvegarde avait pour but d'éviter qu'une faute ayant uniquement contribué à l'insuffisance d'actif puisse engager la responsabilité des dirigeants. Mais cet amendement a été rejeté aux motifs qu' "on ne voit pas comment calculer, exactement, le lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif. Il y aurait là un facteur d'insécurité juridique"³⁸⁹.

En définitive, il ressort de ce chapitre que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est une action particulière, nécessitant des conditions de mise en œuvre particulières. Aussi, après avoir étudié la responsabilité pour insuffisance d'actif d'une manière générale, analysons son régime.

³⁸⁵ MASCALA, LPA, 6 septembre, 2000, p.50 et svt

³⁸⁶ com. 30 novembre 1993, n°91-20.554, Bull.civ.IV, n°440; Rev. pro. coll. 1996, 401, obs. MARTIN-SERF.A

³⁸⁷ RIPPET et BOBLOT

³⁸⁸ Com.27 novembre 2001, n° 98-20.661, NP, DICT. PERM.DIFFICULTES DES ENTREPRISES, Bull.220, 8 janvier 2002, p. 5895.

³⁸⁹ Interv. Xavier de Roux, JOAN CR, 3e séance du 8 mars 2005, P. 1795.

CHAPITRE 2: LE REGIME DE L'ACTION EN RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

Le régime de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif suppose l'exercice d'une action en responsabilité (section 1), laquelle aboutit normalement à un résultat (section 2).

SECTION 1: L'EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

Nous étudierons successivement les règles de procédure de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (paragraphe 1), puis la prescription de cette action (paragraphe 2)

PARAGRAPHE 1 : LES REGLES DE PROCEDURE

L'article L.651-3 dispose que " le tribunal est saisi par le liquidateur ou le ministère public. Dans l'intérêt collectif des créanciers, le tribunal peut également être saisi par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le liquidateur n'est pas engagé ." L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est une action attitrée, en ce sens que seule une catégorie de personnes désignées par la loi peuvent l'exercer. Egalement, seul le tribunal ayant prononcé la procédure collective est compétent en la matière.

A: La qualité pour agir

1) Les personnes investies de cette qualité

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif étant une action engageant la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, seuls ces derniers peuvent normalement agir. Défini comme une personne n'ayant été ni partie, ni représentée à un acte ou à un jugement et par conséquent, non liée par son effet obligatoire, seront en l'espèce considérés comme tiers principalement, les créanciers de la société. Tous les tiers ne peuvent cependant pas engager la responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif. L'article L.651-3 du Code de commerce énumère limitativement la liste des personnes ayant la qualité d'engager la responsabilité des dirigeants en ce sens. Aussi, seuls le liquidateur et le ministère public peuvent saisir le tribunal. Ces mandataires n'ont plus la qualité pour agir une fois leur mission terminée. Lorsque la saisine du tribunal est faite par le ministère public, celui-ci doit préciser les faits ayant motivé sa demande, à laquelle sera jointe la convocation du dirigeant concerné³⁹⁰. Mais lorsque la demande est l'œuvre du liquidateur, le tribunal compétent est saisi par voie d'assignation. Par la suite, le président du tribunal fera convoquer, à la diligence du greffier, le dirigeant responsable, par acte d'huissier de justice dans un délai fixé par lui. A ce sujet, l'article R651-2 issu du décret du 12 février 2009 n'exige plus que cette convocation intervienne un mois avant l'audition du dirigeant mis en cause³⁹¹. Cela met fin à la jurisprudence antérieure selon laquelle le défaut de convocation préalable à comparaître en chambre du conseil du dirigeant poursuivi constituait une fin de non-recevoir faisant obstacle

³⁹⁰ C.com., art L.651-4 et R651-2.

³⁹¹ Cass.com., 30 septembre 2008: D 2008,act. jur. p. 2500, obs. LEINHARD.A.

à toute condamnation³⁹². Néanmoins, l'introduction de l'instance par acte d'huissier s'impose à peine de nullité³⁹³.

La majorité des créanciers nommés contrôleurs et agissant dans l'intérêt collectif peut également saisir le tribunal, lorsque le liquidateur n'aura pas engagé l'action après une mise en demeure restée sans suite. Le décret d'application de l'ordonnance de 2008 précise que la mise en demeure faite au liquidateur d'engager l'action en responsabilité doit être délivrée par au moins deux créanciers contrôleurs. La recevabilité de cette action est néanmoins soumise à des conditions. D'abord, la mise en demeure doit être adressée au liquidateur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et cette mise en demeure doit être restée infructueuse pendant deux mois à compter de sa réception.

La mise en cause du dirigeant doit respecter le principe essentiel de la contradiction. C'est pourquoi il a été déclaré irrecevable le fait pour des dirigeants poursuivis d'élever une prétention contre un codirigeant, en considérant qu'ils ont été entendus en présence de leur conseil par le tribunal en chambre du conseil et qu'ils ont pu librement discuter des procès-verbaux d'audition lors des débats³⁹⁴.

2) Les personnes privées de cette qualité

Les créanciers ne peuvent agir individuellement, pour autant qu'ils soient les victimes directes de l'insuffisance d'actif³⁹⁵. Cette solution est fondée lorsque le préjudice subi par les créanciers a un caractère collectif. Dans ce cas, il doit être réparé par un auxiliaire de justice agissant dans l'intérêt de tous. Dans ce sens, la solution du législateur est donc parfaitement compréhensible. De plus, les créanciers de la personne morale ne deviennent pas les créanciers du dirigeant condamné. Ce qui leur interdit toute action contre lui³⁹⁶. Mais la jurisprudence a complété cette solution. En effet, elle retient ceci: lorsqu'un créancier a subi un préjudice distinct de celui du groupe, une action individuelle doit être déclarée recevable³⁹⁷, à condition que soit prouvée la faute détachable du dirigeant. Ne peuvent pas non plus agir, les associés de la personne morale³⁹⁸, les salariés, les dirigeants, même à titre de garantie, contre d'autres dirigeants³⁹⁹, ou encore une personne qui s'est portée caution des dettes de la société.

En la matière, le droit a connu plusieurs modifications, qu'il convient de préciser. Avant la loi de sauvegarde de 2005, le tribunal pouvait se saisir d'office. L'objectif était de pallier les manquements éventuels des organes de la procédure, et les collusions entre les dirigeants et les créanciers. Certains auteurs ont estimé que cette faculté d'action d'office du tribunal démontrait l'aspect quasi-répressif de l'action en comblement du passif: s'il s'agissait

³⁹² Cass. com., 28 octobre 2008, D 2008, act. jur. p. 2865, obs. LEINHARD.A.

³⁹³ Cass.com., 6 juin 1995, n°91-21.173, Bull. civ.IV., n°168.

³⁹⁴ Cass.com., 14 mars 2000, Bull. civ. IV, n°60, RJDA:7-8: 2000, n° 787.

³⁹⁵ Com. 8 janvier 1985, D., 1987, 88, note DERRIDA.F.

³⁹⁶ PEROCHON. F. , BONHOMME R. "Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement" , 7e édition ,L.G.D.J, Lextenso éditions, .n° 571.

³⁹⁷ Versailles, 22 juin 2000, D.A, 2000., 367-

³⁹⁸ CA Paris, 20 juin 1990, 3e ch. A, Barthe c/ Achte.

³⁹⁹ Cass.com., 6 juin 1995, n°1178 :RJDA 7/95 n°903.

d'une simple réparation, on ne comprendrait pas pourquoi elle serait ordonnée alors que les victimes elles-mêmes ne l'ont pas sollicitée⁴⁰⁰. Renforçant le caractère répressif de l'action, l'ancien article L.624-6 du Code de commerce permettait au procureur de la République d'intenter l'action en comblement du passif. Supprimée par l'article 129 de la loi 2005-845 du 26 juillet 2005, la saisine d'office du tribunal était considérée comme contraire au principe d'impartialité du tribunal, et donc contraire au procès équitable tel que l'exige l'article 6, §1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et du Citoyen. C'est pourquoi, anticipant sur la réforme, certains tribunaux, comme celui de Paris, avaient arrêté cette saisine d'office⁴⁰¹. Cependant, la suppression de la saisine d'office n'a pas d'effet rétroactif. Ainsi étaient valables, malgré l'application immédiate du nouvel article L.651-3 du Code de commerce, les ouvertures des procédures sanctions antérieures à cette date⁴⁰².

A également été supprimée par la loi de 2005, la saisine de l'administrateur judiciaire et du commissaire à l'exécution du plan, tel que prévu par l'ancien article L.624-6 du Code de commerce. En effet, l'administrateur judiciaire ne disposait pas du droit d'obtenir une condamnation pécuniaire dans l'intérêt collectif des créanciers. De plus, ils étaient rarement les investigateurs de telles procédures. S'agissant de la suppression de la saisine du commissaire à l'exécution du plan, la solution se justifie en ce que la responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut plus être mise en œuvre pendant l'exécution du plan, mais seulement en cas de résolution. Or, après la résolution du plan, le commissaire n'est plus normalement en fonction.

Pour finir, l'ordonnance du 28 décembre 2008, du fait de la possibilité de prononcer des sanctions en dehors de la liquidation judiciaire, a supprimé la saisine du tribunal par le mandataire judiciaire.

Après avoir analysé les personnes ayant la qualité d'intenter une action en responsabilité pour insuffisance d'actif contre les dirigeants, étudions maintenant le tribunal compétent.

B: La compétence juridictionnelle

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif exercée contre les dirigeants relève de la compétence de la juridiction ayant prononcée le jugement d'ouverture de la procédure. En l'espèce, il s'agira du tribunal qui a prononcé la liquidation judiciaire de la personne morale⁴⁰³. Il s'agit non seulement du tribunal qui a directement prononcé la liquidation judiciaire, mais aussi, comme le précise le texte, de celui qui a converti la sauvegarde ou le redressement en liquidation judiciaire. Toute autre juridiction sera par ailleurs déclarée incompétente⁴⁰⁴. La Cour de cassation a jugé que le tribunal compétent l'était, même à l'égard d'un dirigeant de nationalité étrangère et domicilié à l'étranger⁴⁰⁵. Cette compétence

⁴⁰⁰ GUYON. Y. "Droit des Affaires, Tome 2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire, Faillite, 9e édition, Economica, 2003, p. 421, ISBN:2-7178-4661-1.

⁴⁰¹ LEFEBVRE Francis. Dossiers Pratiques, "Maîtrise des risques du dirigeant" Edition Francis LEFEBVRE, 2009, p. 190, ISBN:978-2-85115-825-3.

⁴⁰² Cass.com., 16 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 123.

⁴⁰³ C.com, art L.651-2 al.1 modifié par décret du 12 février 2009.

⁴⁰⁴ Cass.com., 14 mars 2000: RJDA 7-8/2000, n°786.

⁴⁰⁵ Cass.com., 5 mai 2004, Bull.civ. IV., n° 82.

juridictionnelle peut également concerner l'action intentée contre une collectivité publique lorsque celle-ci est dirigeante de droit et qu'elle met en cause des relations de droit privé. Cette action relève alors des tribunaux de l'ordre judiciaire. Il en est de même quand la responsabilité de l'Etat ou d'autres personnes morales relevant du droit administratif est recherchée dans l'exercice d'une activité à caractère industriel ou commercial, sans pour autant rechercher si la personne morale de droit public a agi en qualité de dirigeant de droit ou de fait⁴⁰⁶. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a censuré un arrêt qui avait retenu la compétence de la juridiction administrative pour connaître l'action en comblement du passif d'une commune dirigeant une association ayant en charge une piscine et une patinoire, sans rechercher si le service géré par l'association était administratif ou industriel et commercial⁴⁰⁷.

La situation est différente lorsque la personne morale dirigée par la collectivité territoriale exerce une mission de service public. Dans ce cas, la compétence revient au tribunal administratif⁴⁰⁸. Par ailleurs, les règles de compétence édictées par l'article L.651-1 du Code de commerce ne dérogent pas à l'application des dispositions de l'article 47 du Code de procédure civile, qui dit ceci: lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige relevant de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe, et le défendeur peut également demander le renvoi devant une juridiction choisie dans les mêmes conditions. Cet article est en effet applicable lorsque l'auxiliaire de justice est partie au litige, soit en son propre nom, soit en sa qualité de représentant légal. Ainsi, les conditions d'application de cet article sont réunies dans le cas où un avocat serait poursuivi en responsabilité pour insuffisance d'actif⁴⁰⁹.

Là encore, le droit a connu diverses modifications. En effet, la procédure collective donnant lieu à l'insuffisance d'actif ayant été modifiée, il est logique, conformément au principe selon lequel toutes les actions intéressant une même procédure collective sont portées devant le même tribunal, que l'article énonçant le tribunal compétent soit également modifié au cours des différentes réformes. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la procédure donnant lieu à l'action en comblement du passif étant la redressement judiciaire, seul le tribunal ayant prononcé ce redressement était compétent. Il en est de même sous l'empire de la loi de sauvegarde où le tribunal compétent était celui qui avait ouvert ou prononcé la sauvegarde, le redressement, ou la liquidation judiciaire de la personne morale.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est en outre enfermée dans des délais de prescription qu'il convient de respecter pour éviter son extinction.

PARAGRAPHE 2: LA PRESCRIPTION DE L'ACTION

L'article L.651-2 al 2 de Code de commerce énonce que "l'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire". Dans ce paragraphe, il

⁴⁰⁶ T.conflicts, 20 nov. 2006: Défrénois 2007, p. 884, obs. GIBIRILA.D.

⁴⁰⁷ Cass.civ.1, 11 février 2003: Bull. civ.I., n°44.

⁴⁰⁸ T.conflicts, 15 nov. 1999, RJDA: 12/2000, n°1146.

⁴⁰⁹ Cass. com., 26 juin 2001, n°1285: RJDA 10/01 n°1009.

s'agira de montrer que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est enfermée dans des délais. A défaut, il y aura extinction de l'action.

A: Le délai prescription

Aux termes de l'article suscité, l'action se prescrit par trois ans à compter du jugement prononçant la liquidation judiciaire, et non à compter du jour où cette décision est passée en force des choses jug e⁴¹⁰. Si la faute de gestion a été commise avant l'ouverture de la procédure collective, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se prescrit à compter du jugement prononçant la procédure collective, notamment la liquidation judiciaire, même si le jugement est frappé d'appel et que la cour d'appel réforme le contenu du bilan.⁴¹¹ De même, si la faute est commise pendant l'exécution du plan de continuation et qu'une procédure de liquidation judiciaire est ouverte, l'action se prescrit à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire⁴¹². Mais si la faute de gestion a été commise entre l'ouverture de la procédure et le jugement arrêtant par exemple le plan de redressement, le dirigeant ne peut être tenu responsable, les dettes nées après le jugement d'ouverture n'entrant pas dans la détermination de l'insuffisance d'actif⁴¹³.

S'agissant de la computation du délai, la Cour de cassation applique l'article 2229 du Code civil, selon lequel la prescription est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli, même s'il s'agit d'un dimanche. Est ainsi exclu de l'article 642 du Code de procédure civile prévoyant des prorogations en matière de procédure, le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé, et qui serait prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Cet article ne s'applique donc pas au délai de prescription.

En outre, le retrait du dirigeant n'a pas d'incidence sur la prescription de l'action. Doit être déclaré coupable, le dirigeant retiré depuis cinq ans d'une société anonyme, s'il s'était livré, lorsqu'il était en fonction, à une course au chiffre d'affaires et avait affiché des prévisions exceptionnellement optimistes, pour des besoins de reprise de l'entreprise par des investisseurs, et avait réalisé des prises de marché à perte, caractérisant des fautes de gestion à l'origine, en tout ou partie, de l'insuffisance d'actif⁴¹⁴.

Par ailleurs, aucune solidarité n'existe entre des dirigeants de droit et de fait d'une personne morale, par rapport à l'action en paiement de l'insuffisance d'actif. Ainsi, l'exercice d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif contre un dirigeant, n'interrompt pas la prescription. Celle-ci continue à courir à l'égard des autres dirigeants, qu'ils soient dirigeants de droit ou de fait. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a déclaré prescrite l'action intentée contre le dirigeant de fait d'une société, plus de trois ans après le jugement ayant prononcé la liquidation judiciaire, alors qu'entre-temps, le gérant de droit de la société avait été condamné au paiement d'une partie de l'insuffisance d'actif⁴¹⁵.

⁴¹⁰ Cass. com., 13 mai, 2003, Bull.civ. IV. , n 101; Bull. joly 2003, p. 907, note PETEL.

⁴¹¹ CA Paris 12 sept 1995, :RJDA, 2/96 n  278.

⁴¹² Cass.com., 20 janvier 1998, n 242: RJDA 3/98 n 320.

⁴¹³ Cass.com., 28 avril 1998, n 974 D: RJDA 8-9/98 n 1000.

⁴¹⁴ CA Caen 14 février 2008, Bull. joly, 2008, p. 611, note VOINOT.D.

⁴¹⁵ Com. 7 nov0 2006, D. 2006, AJ p. 2910, obs. LIENHARD. A.

Concernant l'action exercée contre le représentant permanent de la personne morale, contrairement au précédent cas il existe ici une solidarité entre les deux personnes. Ainsi, la prescription est arrêtée contre le représentant dès lors qu'une action en comblement du passif est introduite contre la personne morale dirigeante⁴¹⁶.

Précisons enfin qu'avant l'ordonnance 2008-1345 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif était également ouverte en cas de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Du fait de la limitation de la condamnation de l'insuffisance d'actif au seul prononcé de la liquidation judiciaire, le texte régissant le point de départ du délai de prescription se trouve logiquement modifié. Désormais, le seul de départ du délai de trois ans pour agir est le jugement qui prononce la liquidation judiciaire. Un auteur a estimé qu'il aurait été préférable de viser "le jugement de liquidation judiciaire" sans évoquer le "prononcé" qui évoque une conversation⁴¹⁷.

B: L'extinction de l'action en responsabilité

Une fois les trois années de prescription écoulées, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut plus être recevable. Il en est de même après la clôture de la liquidation judiciaire. Toutefois, avant l'extinction du délai, dans certains cas, il peut avoir interruption de la prescription.

Les causes d'interruption de la prescription sont prévues par les articles 2240 à 2246 du Code civil, issu de la loi 2005-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription civile. Peuvent être une cause d'interruption: la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait, la demande en justice même en référé, et un acte d'exécution forcée. Il a été jugé par une Cour d'Appel que les causes d'interruption du droit commun sont applicables au délai triennal de l'action en comblement du passif⁴¹⁸. Notons que, en pratique, la prescription ne s'interrompt pas avec la délivrance de l'assignation, mais avec le placement de celui-ci au greffe. Ce n'est que dans ce cas que le tribunal est réellement saisi⁴¹⁹.

SECTION2: LE RESULTAT DE L'ACTION EN RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

Lorsque toutes les conditions sont réunies pour engager la responsabilité des dirigeants sur le fondement de L'article L.651-2 du Code de commerce, le tribunal prononce la condamnation de ces derniers, laquelle, avant de produire ses effets, est soumise à certaines modalités. Mais le tribunal n'est pas tenu de prononcer la condamnation des dirigeants. En effet, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Dans cette section, nous verrons d'abord

416 Cass. com., 2 déc. 1986: Rev. soc. 1987, p.409, note HONORAT.

417 LE CORRE P- M. "La réforme du droit des entreprises en difficulté", commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009", Edition Dalloz, Paris,2009, p. 347, ISBN:978-2-247-08.

418 CA Paris 15 mai 1997, 3e ch.

419 LEFEBVRE Francis . Dossiers Pratiques , " Maîtrise des risques du dirigeant" Edition Francis LEFEBVRE,2009, p. 198. ISBN:978-2-85115-825-3.

comment le tribunal se décide à condamner le ou les dirigeants (paragraphe 1) avant de voir les effets produits par cette condamnation du dirigeant (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1: LA DECISION DU TRIBUNAL

La décision du tribunal est prise au cours d'une procédure particulière.

A: La procédure devant le tribunal

1) Le déroulement de la procédure

Avant la décision du tribunal, les griefs formulés à l'encontre du ou des dirigeants poursuivis doivent être examinés en chambre du conseil. Il y aura dans cette chambre, audition du dirigeant au cours de laquelle ce dernier ne peut se faire représenter. Pourtant, il a été jugé que l'assignation délivrée n'est pas entachée de nullité pour avoir prévu la faculté pour le dirigeant de se faire représenter hors de l'audience des plaidoiries, quand l'intéressé a été convoqué aux fins d'audition par une assignation ultérieure en chambre de conseil⁴²⁰. L'obligation faite aux dirigeants poursuivis d'être entendus en chambre de conseil ne s'applique qu'à la procédure en première instance, la procédure en cours d'appel étant exclue. De ce fait, ne peut porter atteinte à la loi, la décision d'une cour d'appel, où le président du conseil d'administration d'une société anonyme a été condamné à supporter une partie du passif, bien que celui-ci n'ait été entendu en chambre du conseil qu'en première instance⁴²¹. De même, la convocation en chambre du conseil n'est pas obligatoire lorsque l'action est fondée sur le droit commun de la responsabilité⁴²². Lorsque plusieurs dirigeants sont poursuivis, ils peuvent être entendus séparément en chambre du conseil.

* Procédure normale

Les débats devant le tribunal compétent se déroulent en audience publique. En l'espèce, le juge commissaire est entendu en son rapport. Mais si le dirigeant en fait la demande avant l'heure, le président du tribunal peut décider que les débats aient lieu en chambre du conseil. Quant au juge-commissaire, il ressort de l'article L.651-3 al 3 qu'il ne peut ni participer au délibéré, ni siéger dans la formation de jugement. L'objectif recherché par le législateur est de garantir un procès impartial au sens de l'article 6§ 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et du Citoyen. Mais la jurisprudence ne partage pas cette opinion. En effet, la Cour de cassation décida dans un arrêt que la présence du juge-commissaire dans la formation du jugement ne constituait pas une atteinte au principe d'impartialité⁴²³. Par ailleurs, le jugement rendu par le tribunal est communiqué par le greffier au procureur de la République⁴²⁴. Ce jugement de condamnation n'est pas exécutoire de plein droit à titre

⁴²⁰ Cass.com., 19 février 2002, Bull. civ. IV. n° 38.; Rev. proc. coll. 2003, p. 163, obs. MARTIN-SERF.A

⁴²¹ Cass.com., 9 mai 1995, Bull. civ. IV. n°133; RJDA 7/1995, n° 906.

⁴²² Cass.com., 8 janv. 2008, Gaz. proc. coll. 2008, n°2, p.32, obs. ROUTIER.R.

⁴²³ Cass.com., 16 octobre 2001, Bull. civ. IV. n° 167.

⁴²⁴ C.com, art. L.651-3.

provisoire⁴²⁵. Les dépens et frais de justice auxquels les dirigeants ont été condamnés sont payés par priorité sur les sommes versées pour combler le passif⁴²⁶.

***Procédure spéciale**

Il existe des cas où le dirigeant de la personne morale poursuivie en responsabilité pour insuffisance d'actif, est déjà confronté à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Dans ce cas, le montant du passif mis à sa charge est déterminé après mise en cause du mandataire judiciaire, ou du liquidateur judiciaire qui a été désigné. La décision de condamnation du dirigeant est portée par le greffier sur l'état des créances, de la procédure à laquelle est soumise le dirigeant, ou transmise au greffier compétent pour y procéder⁴²⁷. En conséquence, le mandataire de justice n'est pas tenu de déclarer la créance dans cette procédure⁴²⁸. Ainsi, la procédure collective de la personne morale devient créancière chirographaire pour cette créance dans la procédure personnelle du dirigeant.

2) Les voies de recours

Les dispositions du Code de commerce relatives aux différentes procédures collectives, sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire, ne contiennent pas de limitations de voies de recours. Ainsi, le jugement rendu par tribunal est susceptible de recours devant la Cour d'appel, ou la Cour de cassation. Mais pour qu'il y ait appel, il faut que le jugement ait été contradictoire, ou réputé l'être. Dans le cas contraire, le débiteur ne peut faire opposition. De plus, selon l'article L.661-11 du Code de commerce, bien que n'ayant pas agi en tant que partie principale, le ministère public est investi du droit de faire appel contre les décisions rendues dans le cadre des actions en responsabilité pour insuffisance d'actif. Cet appel est suspensif et produit un effet dévolutif. La dévolution s'opère lorsque pour le tout, l'appel n'a pas été limité à certains chefs, ou lorsqu'il tend à annuler le jugement⁴²⁹. Elle exclut donc l'obligation d'auditionner le dirigeant poursuivi en chambre du conseil, puisque cela ne concerne que la procédure de première instance.

B: La prise de décision du tribunal

Depuis la loi du 25 janvier 1985, le tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Reprenant cette logique, l'article L.651-2 du Code de commerce issu de la rédaction de l'ordonnance du 18 décembre 2008, dispose que "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. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables". Ainsi, la répétition du verbe "pouvoir" démontre la liberté dont bénéficie le tribunal, dans la

⁴²⁵ C.com, art L.661-1.

⁴²⁶ C.com, art L.651-3 dern al.

⁴²⁷ C. com, art L.651-6.

⁴²⁸ Cass. com., 20 janvier 2002, JCP E 2002, n° 21, p. 855, obs. PETEL .Ph.

⁴²⁹ CPC, art 562.

prise de décision, ce dernier dispose d'un large pouvoir d'appréciation, d'abord sur le principe de la condamnation, mais aussi sur les modalités d'application.

1) Pouvoir d'appréciation du juge sur la condamnation du dirigeant

Le juge peut décider d'une condamnation totale ou partielle du ou des dirigeants poursuivis pour insuffisance d'actif. Cette liberté est logique par rapport à l'établissement du lien de causalité entre la faute de gestion du dirigeant et le préjudice subi par les tiers. Elle permet au juge de fixer l'étendue de la réparation par rapport à ce qu'il pense juste, en tenant compte de la gravité de la faute, de la nature des sanctions et de l'indépendance du dirigeant⁴³⁰. Pour déterminer la sanction qui leur semble juste, les juges peuvent s'appuyer sur certains critères. Ils peuvent en effet tenir compte des circonstances ayant influencé la gestion ou l'attitude du dirigeant poursuivi. Cela peut constituer, selon les cas, des circonstances atténuantes ou aggravantes. Au nombre des critères sur lesquels les juges peuvent s'appuyer pour décider de la condamnation ou non des dirigeants, il ya :

*La gestion de fait des dirigeants

En principe un dirigeant de droit ne peut se soustraire de la sanction de responsabilité pour insuffisance d'actif, en prétendant que la présence d'un dirigeant de fait l'a empêché de diriger la société. Seules, des conditions particulières peuvent justifier une limitation⁴³¹, voire une absence de condamnation du dirigeant⁴³².

*Des pressions extérieures

Il arrive que des dirigeants, sous la pression, par exemples des associés majoritaires ou de la société-mère de la filiale qu'ils dirigent, commentent des fautes dans leur gestion. Mais cet argument de pression n'est pas une garantie pour échapper à la condamnation. Il a été jugé que le dirigeant d'une société ne pouvait échapper à la responsabilité pour insuffisance d'actif en invoquant la "pression" exercée par une société-mère, actionnaire majoritaire, détentrice de la quasi-totalité du capital social de la société, ni même derrière le soutien financier de celle-ci, dont il prétend qu'il a été brutalement retiré, dès lors que ce soutien ne s'est manifesté que le jour de la conversion de la procédure en liquidation judiciaire⁴³³. La solution est la même pour le président du conseil d'administration d'une société, qui en tant que dirigeant de droit de la société, prétendait s'être borné à mettre en œuvre la politique désirée par les associés majoritaires. Il ne peut, par cet argument, échapper à la condamnation⁴³⁴. Le dirigeant ne peut non plus se soustraire à l'application de l'article L.651-2 en l'intervention des pouvoirs publics⁴³⁵. En l'espèce, les dirigeants d'une société exploitant une mine d'or, et condamnés à combler le passif social, pour avoir poursuivi une exploitation déficitaire pendant cinq ans, avaient fait valoir, pour se soustraire de leur responsabilité, que la poursuite déficitaire ne leur

⁴³⁰ GUYON, n°1373-, "Le nouveau titre V des responsabilités et des sanctions", Rev. proc. coll. 2006/4, p. 164, n° 6, obs. MARTIN-SERF.A.

⁴³¹ CA Paris 25 sept 1990, 3e ch.; CA Paris 18 juin 1993, 3e ch.

⁴³² CA Paris 11 janv. 2005 n°04-5212, 3e ch. A, : RJDA 8-9/05 n°1023.

⁴³³ CA Paris 25 avril 1997, 3e ch. : Dr. Sociétés 1998, comm. n° 27, note GUYON. Y.

⁴³⁴ Cass com, 3 mars 1998, n°587 D: RJDA 7/98 n° 902.

⁴³⁵ Cass. com., 6 février 2001: RJDA 10/01.

était pas imputable, car elle avait eu lieu dans le cadre d'une restructuration voulue par les pouvoirs publics. Mais la Cour rejeta cet argument.

***Comportement du dirigeant**

Pour déterminer la condamnation du dirigeant, les juges pourront également prendre en compte les efforts déployés par ce dernier. Peuvent ainsi être retenus: le versement en numéraire de sommes d'argent pour éteindre une partie des dettes sociales, accompagné d'abandon de créances⁴³⁶, et les sacrifices financiers consentis par le dirigeant en se portant caution des dettes sociales⁴³⁷ en injectant des liquidités dans la société⁴³⁸. En effet, si les dirigeants paient les dettes cautionnées, une partie du préjudice disparaît. De même, sera considéré le fait pour un dirigeant d'apporter toute l'activité et la diligence humaines possibles pour tenter de redresser la situation⁴³⁹, ou encore le fait pour un dirigeant de contribuer volontairement à l'apurement du passif⁴⁴⁰. Toutes ces situations constituent des circonstances atténuantes qui peuvent entraîner l'absence de condamnation ou la limitation de celle-ci sur le montant ou la durée.

***Situation personnelle du dirigeant**

Les tribunaux pourront également tenir compte de la situation personnelle des dirigeants et de ses facultés contributives⁴⁴¹. Ainsi, aucune condamnation n'a été retenue à l'encontre : d'un dirigeant qui suivait un traitement psychiatrique depuis plusieurs années et qui n'était pas seul à la tête de ses affaires⁴⁴² ; d'un dirigeant qui avait exécuté ses engagements de caution et qui ne bénéficiait plus d'un revenu minimum d'insertion⁴⁴³. Enfin, l'environnement économique de la société peut influencer les juges dans le prononcé de la sanction. Ont par exemple été prises en compte, pour écarter ou limiter la condamnation du dirigeant, les circonstances conjoncturelles, économiques, et financières spécifiques à l'origine des difficultés de l'entreprise⁴⁴⁴, et la qualité des cocontractants de la société. Notons également que si d'ordinaire, les juges ne tiennent pas compte, pour engager la responsabilité du dirigeant, du fait que ce dernier est rémunéré ou non, ils peuvent en revanche tenir compte, dans la détermination de sa condamnation, du fait qu'il a renoncé à tout salaire à l'approche de l'ouverture de la procédure collective de la société⁴⁴⁵.

2) Pouvoir d'appréciation du juge sur la détermination du montant

Lorsque les juges ont estimé que le dirigeant devait être condamné, ils doivent alors déterminer la contribution de ce dernier au passif social. Là encore, ils disposent d'un pouvoir d'appréciation. Ils peuvent en effet moduler le montant de la condamnation au regard de leur

⁴³⁶ T.com .Paris, 1ere ch., 7 sept. 1998, Rev. proc. coll. 2002, p.112, n°2, obs. MARTIN-SERF.A

⁴³⁷ CA Rennes 12 avril 1989.

⁴³⁸ Cass. com., 3 avril 2001, n°718 D.

⁴³⁹ T.com .Paris, 6 mai 1985, 1ere ch.

⁴⁴⁰ CA Paris 31 janv. 1995, 3e ch.B.

⁴⁴¹ CA Versailles 27 sept. 2001, 13e ch.: RJDA 2/02 n° 184.

⁴⁴² CA GRENOBLE 7 janv.. 1999: JCP G 1999 IV. n°1815.

⁴⁴³ CA Paris 9 octobre 1998: Act. proc. coll. 1999 n° 41.

⁴⁴⁴ CA Paris 7 mai 1991, 3e ch.

⁴⁴⁵ CA Rouen 19 dec.1991, 2e ch.civ. : RJDA 5/92 n°520.

appréciation souveraine des circonstances. La faute de gestion pouvant être partiellement la cause du dommage, il est juste de décider que la condamnation du dirigeant ne sera que partielle. Mais la situation se révèle différente en pratique. En effet, les juges n'ont pas l'obligation de corréler le degré de contribution de la faute de gestion ayant entraîné le préjudice au montant de la condamnation⁴⁴⁶, quoique dans certains cas, on retrouvera une certaine corrélation⁴⁴⁷. Les juges n'ont pas davantage d'obligation de corréler le montant de la condamnation à celui de la participation du dirigeant dans le capital social⁴⁴⁸. Cependant, le dirigeant dont la responsabilité est engagée peut proposer un montant de condamnation en rapport avec ses capacités financières⁴⁴⁹.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a néanmoins apporté une limite au pouvoir d'appréciation des juges. En se référant au principe indemnitaire, le législateur a limité la condamnation au montant de l'insuffisance d'actif, celle-ci ne peut donc plus excéder le montant de l'insuffisance d'actif, le risque de disproportion de la faute de la sanction à la faute est désormais limité. La condamnation doit être certaine à hauteur du montant de la condamnation prononcée⁴⁵⁰. C'est pourquoi le dirigeant ne peut être condamné à la totalité du passif, sauf s'il n'y a pas d'actif⁴⁵¹. Ainsi, s'il faut réaliser des actifs, le montant de la condamnation ne saurait être égal à celui du passif. Précisons toutefois qu'en cas de confusion de patrimoine, la seule insuffisance d'actif à prendre en compte est celle de la personne morale dirigée et non celle de la personne à laquelle la procédure a été étendue⁴⁵². Cependant, la situation diffère lorsque la personne morale dirigée est un groupement dont les membres ou associés sont solidairement tenus du passif du social, notamment dans les sociétés en nom collectif ou les groupements d'intérêt économique.⁴⁵³ Mais comme pour tout dirigeant, il faudra que l'insuffisance d'actif porte sur des créances antérieures à l'ouverture de la procédure collective du groupement. Le montant dû par le dirigeant est porteur d'intérêt au taux légal prévu par l'article 1153-1 du Code civil, en principe à compter du jour de la condamnation, à moins qu'il soit décidé par les juges du fond de les faire courir à partir du jour de l'introduction de la demande.⁴⁵⁴ Rappelons que jusqu'à la loi du 25 janvier 1985, le montant payé par le dirigeant était déductible de ses revenus, mais récemment une cour d'appel administrative a clairement posé le principe de la non-déductibilité des sommes payées au titre de la condamnation en comblement du passif⁴⁵⁵. La solution antérieure se justifiait du fait du régime de présomption de faute, institué par la loi de 1967⁴⁵⁶.

⁴⁴⁶ Com.19 mars 1996, n° 93-13.468, NPT, Bull. joly 1996, 562, note Le CANNU.P.; Com. 2 mai 2001; n°98-14.146, NPT, Act. proc. coll. 2001. n°172.

⁴⁴⁷ CA Versailles, 3 mai 1990, Bull. Joly 1990, 664, note DAIGRE.J-J.

⁴⁴⁸ CA Versailles, 13e ch., 2 déc. 1999, RJDA 2000/4, n°456.

⁴⁴⁹ CA Paris, 3e ch. A, 16 mai 2006, RG n° 2005/ 18137.

⁴⁵⁰ Com. 19 déc. 2006, n° 05-11.848, NP, n°1436 F-D.

⁴⁵¹ Com. 30 juin 2004, n° 03-12.816, NP-.

⁴⁵² Com.23 mai 2000, n°97-21.080. Bull. civ. IV, n° 108.

⁴⁵³ Com. 27 juin 2006, n° 04-15. 831, Bull. civ. IV, n°151, D. 2006, AJ 1892, obs. LEINHARD. A.

⁴⁵⁴ Com. 13 mars 1990, n°88-15.669, NPT, Juris- Data n°000751.

⁴⁵⁵ CAA Bordeaux 4e ch., 15 janv. 2009, n°07BX01832, Act. proc. coll. 2002, p. 209, n° 3, obs. NEAU-LEDUC.Ph.

⁴⁵⁶ SAINT-ALATY- HOUIN. C. , 4e ed., n°1098.

3) Pouvoir d'appréciation du juge en cas de pluralité des dirigeants

Il ressort des termes de l'article L.651-2 qu'en cas de pluralité des dirigeants, le tribunal peut les déclarer responsables avec ou sans solidarité. Pour se décider sur la solidarité ou non des dirigeants, la juridiction pourra apprécier le degré de contribution de chacun à la production du dommage. Ainsi, la condamnation des dirigeants pourra être graduée afin de tenir compte de la plus ou moins grande implication, ou expérience dans les affaires, de chacun des dirigeants condamnés⁴⁵⁷. Mais il faudrait que les juges soient saisis dans ce sens pour se prononcer sur la responsabilité respective de chacun des dirigeants⁴⁵⁸. De même, lorsque plusieurs sont condamnés, le juge fixe la part de chacun dans la contribution aux dettes sociales, sans être tenu par les conventions ayant été conclues entre les dirigeants pour la répartition du passif⁴⁵⁹. Comme pour un seul dirigeant, la condamnation mise à la charge d'une pluralité des dirigeants ne peut dépasser le montant de l'insuffisance d'actif⁴⁶⁰.

Depuis la loi du 26 juillet 2006, le tribunal doit statuer, en cas de condamnation solidaire, par une décision motivée. De la sorte, la participation de chacun à la faute pourra être établie avec certitude⁴⁶¹. L'objectif ici est d'éviter que tous les dirigeants aient la même condamnation alors qu'ils n'ont contribué à la faute de la même manière. Le texte ne distingue pas selon que la personne morale débitrice est commerçante ou non. La solidarité pourra donc intervenir dans les deux cas. Le plus souvent, les dirigeants de la personne morale ne seront pas des commerçants. Par ailleurs, les dirigeants solidairement condamnés peuvent diviser la dette, et celui qui aura payé aura un recours contre les autres dirigeants non *solvens* si le montant du paiement excède sa part contributive.

Pour finir, le texte n'interdisant pas aux juges de fond d'accorder des délais de paiement aux dirigeants condamnés, ils pourront donc le faire, puisque là encore ils disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation⁴⁶².

Le large pouvoir d'appréciation dont disposent les juges a fait l'objet de diverses interprétations. Certains auteurs ont considéré que cette liberté d'appréciation présentait de nombreux avantages car "elle autorise une appréciation subtile tenant compte de la gravité des fautes en présence, et de leur incidence plus ou moins directe sur l'insuffisance d'actif, mais aussi de l'importance absolue ou relative de celle-ci"⁴⁶³. En revanche pour le professeur Mascala, cette liberté peut paraître contraire au principe de proportionnalité de la sanction à la faute. En effet, il affirme que "la méconnaissance du principe de proportionnalité par les juges du fond, caractérisée par la différence entre la gravité de la faute de gestion et le montant de la sanction mise à la charge du dirigeant, pourrait fonder un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme"⁴⁶⁴. Pour sa part, le professeur Sortais évoque un

⁴⁵⁷ CA Versailles, 13e ch. 21 déc. 2000, RJDA 2001/4, n°487.

⁴⁵⁸ Com. 3 janv. 1995, Bull. Joly 1995, 266, note COURET.A.

⁴⁵⁹ CA Nîmes 23 octobre 1974, 2e ch., D. 1975 som. p. 105.

⁴⁶⁰ Cass. com., 17 juillet 2001 n° 1522 F-G : RJDA 12/01 n° 1239.

⁴⁶¹ Rapp. J-J. Hiest, n° 335, p. 451.

⁴⁶² Com. 8 oct. 2003, n°00-20.070, NP, Act. proc. coll. 2003/19, n°253.

⁴⁶³ PEROCHON F., BONHOMME R. "Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement", 8e édition, L.G.D.J., Lextenso éditions, p. 660. ISBN: 978-2-275-03390-7.

⁴⁶⁴ MASCALA.C, LPA 6 sept. 2000, p. 50 s.; rapp de ROUX, AN, n°2095, p. 423.

risque d'arbitraire⁴⁶⁵. Mais pour d'autres auteurs, si le législateur a accordé cette liberté aux juges, c'est dans le but "d'éviter de déresponsabiliser les administrateurs minoritaires, en laissant au juge toute la faculté d'apprécier les efforts des uns et des autres pour s'opposer à une erreur de gestion . Est ainsi conservé le principe jurisprudentiel selon lequel celui qui a accepté les fonctions d'administrateur est tenu à une surveillance et à un contrôle sérieux de l'administration de la société, l'intérêt limité qu'il a dans l'affaire ne pouvant justifier sa passivité" ⁴⁶⁶.

S'agissant du principe de proportionnalité, on peut en tout état de cause affirmer qu'il constitue une limite à la liberté d'appréciation des juges du fond. Il a pour conséquence d'exiger de ces derniers qu'ils caractérisent légalement les fautes retenues à l'appui des sanctions qu'ils prononcent à l'encontre des dirigeants. Egalement ce principe permet d'adopter la sanction à la faute. Précisons toutefois qu'il s'agit d'un principe nouveau en matière de procédure collective. C'est dans trois arrêts récents que la Cour de cassation a consacré expressément le principe de proportionnalité dans ce domaine. Ainsi, dans un arrêt du 15 décembre 2009, la Haute juridiction visant le principe de proportionnalité avait cassé un arrêt de la cour d'appel de Versailles au motif que celle-ci n'avait pas caractérisée de manière satisfaisante la cessation des paiements du débiteur à la date retenue. Elle affirme en effet que si le montant de la condamnation en comblement de l'insuffisance d'actif reste à l'appréciation des juges du fond, il est important, au vu du principe de proportionnalité que lorsque plusieurs fautes sont retenues contre le dirigeant, chacune d'elle soit légalement justifiée.⁴⁶⁷

Le prononcé de la condamnation par le tribunal entraîne normalement des effets, tant à l'égard du dirigeant qu'envers les créanciers.

PARAGRAPHE 2: LES EFFETS DE LA CONDAMNATION

Dès qu'elle est prononcée par le tribunal, la condamnation produit des effets. Par ailleurs, le dirigeant qui refuse d'exécuter sa condamnation s'expose à des sanctions.

A: Les effets de la condamnation sur les parties concernées

La condamnation du dirigeant emporte des effets, non seulement sur le dirigeant fautif, mais aussi sur les tiers, victimes du préjudice.

1) Les effets de la condamnation sur les tiers

L'ancien article L.624-3 du Code de commerce, en reprenant les dispositions de l'article 180 alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985, disposait que "les sommes versées... entrent dans le patrimoine du débiteur...". Cette solution a été reprise par l'article L.651-2 du Code de commerce, qui dispose en son alinéa 3 que "les sommes versées par les dirigeants entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Les dirigeants ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement

⁴⁶⁵ SORTAIS, op. cit., BESARD. Mél. ,2002, p. 321 s.

⁴⁶⁶ Rapp de ROUX, AN, n°2095, p. 426.

⁴⁶⁷ Petites affiches, 8 avril 2010, n° 70.

desquelles ils ont été condamnés". Il s'agit ici d'une innovation par rapport au régime antérieur issu de la loi de 1967. Sous le règne de cette loi, les sommes étaient affectées au profit de la masse des créanciers. En raison de la disparition de cette masse, il a semblé logique pour le législateur d'affecter les sommes versées dans le patrimoine du débiteur. Il s'agit là d'une autre particularité de la responsabilité pour insuffisance d'actif. Par ailleurs, les sommes versées sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement à leur créance, sans pour autant accorder un rang prioritaire aux créances super-privilégiées⁴⁶⁸ ou privilégiées. Désormais, les créanciers perdent tous les privilèges, même celui qui permettait aux créanciers chirographaires de bénéficier d'un paiement supplémentaire, conformément à l'ancien article L.624-3 du Code de commerce.

Précisons que c'est un arrêt pouvant être qualifié de principe rendu par la Chambre commerciale le 20 mai 1997⁴⁶⁹, qui pose ce principe d'égalité des créanciers. En l'espèce, le liquidateur d'une société avait poursuivi le dirigeant en comblement de l'insuffisance d'actif puis avait conclu une transaction, homologuée par le tribunal, par laquelle le dirigeant lui avait versé une certaine somme. Le tribunal avait ainsi ordonné la répartition de cette somme entre tous les créanciers au marc le franc. Cet arrêt est venu mettre un terme à la jurisprudence en vigueur sous la loi de 1967 qui reconnaissait au Trésor public d'exercer son privilège général sur le produit de l'action en responsabilité exercée contre les dirigeants de sociétés⁴⁷⁰.

Cette solution de répartition égalitaire, admise depuis la loi du 25 janvier 1985, peut s'expliquer par " un zeste d'équité " du législateur. En effet, au cours des travaux préparatoires de la loi de sauvegarde, le législateur a estimé que cette solution découlait du caractère indemnitaires des sommes recouvrées⁴⁷¹. Cependant, si cette solution est équitable, elle a été considérée comme dénuée de tout fondement juridique⁴⁷². En effet, les sommes, bien qu'entrant dans le patrimoine du débiteur, doivent pouvoir être partagées entre les créanciers en tenant compte des causes de préférences, que celles-ci soient conventionnelles ou légales⁴⁷³. Une priorité de paiement sur les sommes versées est néanmoins réservée "aux dépens et frais **irrépétibles** auxquels a été condamné le dirigeant"⁴⁷⁴.

Par ailleurs, il se pose la question de savoir si les créanciers postérieurs mais bénéficiant d'un traitement préférentiel, ont vocation à percevoir les sommes versées. Rappelons-le: sous l'empire de la loi de 1967, les sommes étaient versées au profit de la masse des créanciers. En revanche, le législateur de 1985 ne règle pas clairement la question des créanciers postérieurs. L'ancien article L.624-3, alinéa 3, du Code de commerce se contentait d'affirmer que lorsque la condamnation était intervenue, alors que le débiteur avait bénéficié d'un plan de continuation, les créanciers ne pouvaient être réglés que selon les modalités du plan de continuation. En principe, l'intervention d'un plan de continuation présuppose le

⁴⁶⁸ Cass.com. 20 mai 1997, :RJDA 10/97 n°1278.

⁴⁶⁹ Revues des procédures collectives 1997, pp. 487 et s.

⁴⁷⁰ Cass. com., 7 mai 1979, D. 1979, p 431, note DERRIDA. F. et SORTAIS J-P.

⁴⁷¹ Rapp.de Roux, AN n°2095, p. 426.

⁴⁷² GUYON Y. "Droit des Affaires, Tome 2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire, Faillite, 9e édition, Economica, 2003, p. 425, n° 1382, ISBN:2-7178-4661-1.

⁴⁷³ MARTIN-SERF " L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse", Mél. HONORAT, 2000, p. 155.

⁴⁷⁴ C.com. art. L.651-3 al., 4.

règlement des créanciers. Il est donc logique que le législateur n'ait plus prévu des droits aux créanciers sur les sommes versées⁴⁷⁵. En revanche, le texte étant muet dans le cas où le débiteur avait fait l'objet d'un plan de cession ou d'une liquidation judiciaire, on pourrait alors admettre la possibilité pour les créanciers postérieurs d'être payés sur le produit de l'action en comblement du passif⁴⁷⁶. Mais selon la majorité de la doctrine, l'article 180 de la loi de 1985 ne devait concerner que le règlement des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure collective et ne devrait pas s'opposer à l'exercice du droit de préférence reconnu par l'article 40 (de la même loi) aux créanciers dont les droits sont nés régulièrement et postérieurement au jugement d'ouverture⁴⁷⁷. Mais à partir de la législation de 2005, la question ne se pose plus, car le législateur n'envisageait plus la possibilité de prononcer la condamnation avant la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement. L'ordonnance du 18 décembre 2008, quant à elle, a limité la condamnation à combler le passif à l'ouverture ou prononcé de la liquidation judiciaire.

Mais la condamnation prononcée par le tribunal produit également des effets à l'égard des dirigeants.

2) Les effets de la condamnation sur les dirigeants

Dans la rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'article L.651-2, alinéa 3, du Code de commerce, prévoit que les dirigeants condamnés "ne peuvent pas participer aux réparations à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés". Contrairement aux créanciers, les dirigeants ne peuvent bénéficier d'une réparation au marc le franc. Cette disposition a en effet pour objectif d'empêcher les dirigeants condamnés au titre de l'insuffisance d'actif, de récupérer une partie des sommes au paiement desquelles ils avaient été condamnés. Cette solution a été critiquée par certains auteurs. D'aucuns ont considéré qu'il s'agissait en l'espèce d'une "double peine" injustifiée, car elle frappait seulement les dirigeants condamnés qui avaient fait des crédits à la société débitrice. En effet, ceux qui ne sont pas créanciers de la société sont épargnés par cette mesure car ne participant pas aux répartitions⁴⁷⁸. Le professeur Le CORRE, quant à lui, a estimé que cette sanction complémentaire est contraire au principe de proportionnalité des peines, car en cas de condamnation à la totalité de l'insuffisance, le dirigeant supportera plus que le montant de l'insuffisance d'actif si sa créance a été prise en compte dans le montant de l'insuffisance d'actif. Par conséquent, le dirigeant payera deux fois plus⁴⁷⁹. En outre, elle semble dénaturer l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en la faisant passer pour une punition et non plus comme une action en responsabilité⁴⁸⁰. Cependant, contrairement aux auteurs évoqués précédemment, d'autres ont estimé que cette solution était logique et même morale, car elle

⁴⁷⁵ LE CORRE. P- M. Dalloz Action "Droit et pratique des procédures collectives" ,5e édition Dalloz,2009,p. 2209 et svts. ISBN:978-2-247-08627-6.

⁴⁷⁶ Cass. com 1997, n°95-12.162, Rev. proc. coll. 1997, 487, obs. MARTIN-SERF.

⁴⁷⁷ SOINNE. B " Traité des procédures collectives, Litec 2e ed. 1995, n° 2615; PEROCHON F. , BONHOMME R. . "Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement", Montchrestien, 2 e éd. 1995, n°434.

⁴⁷⁸ Contra, MARTIN- SERF, Réforme... Sanctions civiles , RPC 2009-1, p. 99, n° 29.

⁴⁷⁹ LE CORRE. P- M. Dalloz Action "Droit et pratique des procédures collectives" ,5e édition Dalloz,2009, p. 2209. ISBN:978-2-247-08627-6.

⁴⁸⁰ ROUSSEL GALLE Ph. le dirigeant de société et le nouveau droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008", Rev. soc. 2009, 249 s., sp 267, n° 42.

évitera la tentation de prétendre à une compensation entre le montant de la condamnation et celui de la créance inscrite au passif⁴⁸¹.

Par ailleurs, la condamnation du dirigeant produit d'autres effets. Ainsi, un dirigeant condamné au paiement du passif social ne peut compenser le montant de la condamnation avec celui de la créance lorsqu'il est lui-même créancier de la société⁴⁸². Il n'existe pas de connexité entre les deux créances. De même, la condamnation d'un dirigeant au paiement du passif ne peut se compenser avec une dette fiscale qu'il a payée au nom de la société pour laquelle il avait obtenu une quittance subrogative⁴⁸³. Il est également impossible pour le dirigeant de transiger. Autrement dit, la condamnation en comblement du passif prononcée contre lui ne peut faire l'objet d'une transaction⁴⁸⁴, peu importe que le liquidateur ait transigé sur les condamnations prononcées avec un autre dirigeant et qu'il s'ensuive un traitement discriminatoire⁴⁸⁵. Ajoutons que la juridiction saisie d'une amende d'homologation d'une transaction, ne peut décider d'exclure du droit à répartition des créanciers avec lesquels la transaction est intervenue, au prétexte que les signataires auraient ainsi reconnu leur responsabilité⁴⁸⁶. Par ailleurs, il a été décidé que lorsque la condamnation se rapproche aux fonctions de direction exercées, le dirigeant peut déduire les sommes versées de ses revenus dans les catégories correspondant aux rémunérations perçues à raison de ces fonctions et constater éventuellement un déficit imputable sur le revenu global⁴⁸⁷. Mais cette déductibilité n'existe pas lorsque le dirigeant est condamné pénalement pour abus de biens sociaux⁴⁸⁸. In fine, le dirigeant peut exercer une action récursoire contre les tiers à l'origine de sa condamnation⁴⁸⁹, encore faudrait-il exercer cette action dans les conditions de droit commun de l'article 1382 du Code civil qui implique de faire la preuve du tiers et d'établir un lien de causalité entre celle-ci et le préjudice subi par lui. Mais le créancier ne peut exercer une action en garantie contre les autres dirigeants⁴⁹⁰.

Il ressort de l'analyse de ce paragraphe que la condamnation du dirigeant produit de nombreux effets, non seulement à l'égard des dirigeants condamnés, mais aussi à l'égard des créanciers victimes de l'insuffisance d'actif. Mais si le dirigeant n'exécute pas la condamnation prononcée par le tribunal, il s'expose alors à des sanctions.

B: Sanctions de l'inexécution de la condamnation

Le dirigeant qui n'exécute pas la sanction patrimoniale prononcée contre lui s'expose à des sanctions. L'article L.653-6 du Code de commerce précise que "le tribunal peut prononcer

⁴⁸¹ LEINHARD. A, " Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008" , D. 2009, chrono. 110s., spéc 121.

⁴⁸² Cass.com., 25 octobre 1977, Rev. soc. 1978, p. 294 note RANDOUX.

⁴⁸³ CA Pau 7 janvier 2002, n°1317, 1e ch., Dr. sociétés 2002 comm. n°192 note LEGROS. J-P.

⁴⁸⁴ Cass. com., 5 novembre 2003, n°1493 FS-PB: RJDA 2/04 n°207.

⁴⁸⁵ Cass.com., 2 novembre 2005, n° 04-13.085, NP.

⁴⁸⁶ Cass. com., 16 juin 2004, n°01-15.745, NP.

⁴⁸⁷ CE 18 février 1985, n° 41356: RJF 4/85 n° 572.

⁴⁸⁸ CE 7 décembre 1987 n°65891: RJF 2/88 n° 174.

⁴⁸⁹ CA Aix 5 juin 1981, D.1892 IR, p. 67.

⁴⁹⁰ Cass. com., 6 juin, 1995: RJDA7/1995, n°903.

la faillite personnelle du dirigeant de la personne morale qui n'a pas acquitté les dettes de celle-ci mises à sa charge". De même, selon l'article L.625-8 alinéa 1 du Code de commerce, il peut être prononcé contre le dirigeant une interdiction de diriger, de gérer, d'administrer ou de contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise, toute exploitation agricole et toute personne morale. Cette mesure a pour but d'exclure le dirigeant de la vie des affaires sociales. Par ailleurs, le tribunal peut enjoindre au dirigeant de céder ses actions ou parts sociales dans la société ou ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire de justice, au besoin après expertise. Le produit de vente est ainsi affecté au paiement de la part des dettes sociales mise à la charge du dirigeant⁴⁹¹. L'article L.653-10 du Code de commerce précise que le tribunal, prononçant la faillite personnelle, peut aussi prononcer l'incapacité d'exercer une fonction publique élective.

Enfin, conformément à l'article L.654-14 du Code de commerce, les dirigeants sont punissables pénalement des peines de la banqueroute s'ils ont, de mauvaise foi, détourné ou dissimulé (ou seulement tenté de détourner ou de dissimuler), tout ou partie de leur bien, en vue de les soustraire aux poursuites de la personne morale en état de redressement ou de liquidation judiciaire, ou à celles des associés ou créanciers. Ces sanctions s'appliquent même si le dirigeant a partiellement payé sa dette⁴⁹². Une fois de plus, le prononcé de ces différentes mesures est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Il convient néanmoins de préciser que sous l'empire des législations antérieures à la loi de sauvegarde de 2005, il existait une autre sanction. En effet, le tribunal pouvait ouvrir, sur le fondement de l'ancien article L.624-4 du Code de commerce, une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre des dirigeants défailants, quel que soit son statut et sans avoir été en cessation de paiement. Mais cette sanction ne pouvait s'appliquer aux héritiers du dirigeant décédé condamné à combler le passif⁴⁹³. Les règles de procédure de l'action en comblement du passif étaient applicables à l'action tenant au prononcé d'une procédure collective à titre de sanction personnel contre le dirigeant, à l'exception des règles concernant la prescription triennale (ancien article L.624-3, alinéa 2, du Code de commerce). C'est la prescription de droit commun qui était applicable, sauf disposition spéciale⁴⁹⁴. Mais cette sanction a été supprimée avec la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. En effet, elle avait été jugée trop sévère pour le dirigeant lequel n'est réalité qu'un représentant de la société. En revanche, le dirigeant pourra se voir ouvrir une procédure collective à titre personnel s'il est lui-même en état de cessation de paiement⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ C.com . art. L.653-9

⁴⁹² Cass. com., 15 novembre 1976: Bull. civ. IV, n°286.

⁴⁹³ Cass.com., 3 mai 1988, D.1988 IR p. 140.

⁴⁹⁴ Cass. com., 14 mai 1996, n°932 : RJDA 8-9/96 n°1124.

⁴⁹⁵ Rapp. Xavier de Roux, n°2095, p.418.

CONCLUSION

En définitive, l'analyse de ce sujet révèle que la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers demeure perçue comme un régime de responsabilité exceptionnel, du fait de l'écran de la personnalité morale, qui protège les dirigeants dans les rapports que la société peut avoir avec les tiers. Comme l'a souligné, à juste titre, le professeur Guyon, c'est "l'ultime remède auquel les associés en les tiers n'ont recours que lorsque d'autres sanctions et d'autres procédés de réparation plus spécifiques ne peuvent pas jouer"⁴⁹⁶. Toutefois, cette responsabilité n'est plus en pratique négligeable. En effet, les nombreux abus commis par les dirigeants dans l'exercice de leur mission, ont progressivement conduit le législateur à mettre en place des lois spéciales permettant d'atteindre personnellement les dirigeants, dès lors qu'ils auront par leur faute causé un préjudice à autrui.

Parallèlement à ces lois, la jurisprudence en s'inspirant du droit administratif, développa vers le milieu des années 1970, la notion de faute séparable des fonctions, grâce à laquelle la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers peut effectivement être mise en cause. Toutefois, du fait de nombreuses critiques dont elle a été l'objet, en raison de son imprécision, la Cour de cassation se décida finalement, dans l'arrêt "Seusse" du 20 mai 2003, à donner une définition de la notion. Désormais, la faute séparable des fonctions s'entend comme "une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions". Aussi, il est dorénavant admis par l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence, que seule l'existence d'une faute séparable des fonctions et imputable personnellement au dirigeant permet d'engager sa responsabilité à l'égard des tiers.

Cependant, l'existence de cette faute n'est obligatoire qu'aussi longtemps que la société n'éprouve aucune difficulté financière. En effet, dès lors que la société se trouve en situation d'insolvabilité et fait l'objet d'une procédure collective, l'exigence d'une faute séparable des fonctions disparaît, seule la faute gestion est requise dans cette hypothèse, encore faudrait-il qu'elle ait contribué à l'insuffisance d'actif subie par les créanciers. En tout état de cause lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, c'est l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif qui permettra d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants. Le droit a en la matière connu une évolution certaine, car s'il est aujourd'hui admis que seule la procédure de liquidation judiciaire permet d'engager l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif contre les dirigeants fautifs, la situation était différente sous l'empire des législations antérieures.

Ainsi, nous pouvons affirmer que le régime de responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers varie en fonction de la situation financière de l'entreprise.

⁴⁹⁶ GUYON. J- Cl., "Responsabilité civile, Administrateurs et dirigeants de sociétés", Fasc. IX bis, n° 5.

BIBLIOGRAPHIE

I-LES OUVRAGES GENERAUX

CARBONNIER (Jean).

"Droit civil", les biens, les obligations", volume2 : PUF, n° 1072, ISBN: 2130547397.

COZIAN (Maurice) ,VIANDIER, (Alain) , DEBOISSY (Florence) .

"Droit des sociétés", 22e édition, 2009: LexisNexis: Litec, ISBN:978-2-7110-1150-6.

DELGA (Jacques).

"Le Droit des sociétés",: Edition Dalloz,1998, ISBN:2-24-702514-2.

GIBIRILA (Deen).

"Droit des sociétés", 2e édition :Ellipses, ISBN:2-7298-1632-1.

GIBIRILA (Deen).

"Droit des entreprises en difficulté", Défrénois : Lextenso éditions, 2009, ISBN 978-2-85623-094-7.

GUYON (Yves).

"Droit des affaires", Tome.1, Droit commercial général et sociétés,12e édition : Economica , ISBN:2-7178-4660-3.

GUYON(Yves).

"Droit des affaires", Tome 2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire, Faillite,9e édition: Economica, 2003, ISBN:2-7178-4661-1.

JACQUEMONT (André).

"Droit des entreprises en difficulté",3e édition, Juris-Classeur,2003:Litec, Groupe LexisNexis, ISBN: 2-7110-0344-2.

JACQUEMONT (André).

"Droit des entreprises en difficulté", 6e édition, LexisNexis : Litec, ISBN: 978-2-7110-1155-1.

LAMY ." Sociétés Commerciales", édition 2010: Collection Lamy droit des affaires, ISBN:978-2-7212-1279-5.

LE CANNU (Paul), DONDERO (Bruno).

"Droit des sociétés" ,3e édition : Montchrestien, Lextenso éditions ,ISBN:978-2-7076-1435-3.

LE CANNU (Paul), LUCHEUX (J.M), PITRON (M).

" Entreprises en difficulté , prévention, redressement et liquidation judiciaires" : GLN JOLY éditions, 1994, ISBN: 2.907512.40.4

LE CORRE (Pierre- Michel).

Dalloz Action "Droit et pratique des procédures collectives", 5e édition : Dalloz, 2009, ISBN:978-2-247-08627-6.

LE CORRE (Pierre-Michel) , LE CORRE- BROLY (Emmanuelle).

"Droit du commerce et des affaires ,Droit des entreprises en difficulté". 2e édition, 2006: Sirey, ISBN 2247050735.

LEFEBVRE Francis .

Mémento Pratique, "Sociétés Commerciales": 2010 Edition Francis LEFEBVRE 2009,ISBN:978-2-85115-817-8.

LEFEBVRE (Francis).

"Dirigeants de sociétés commerciales" 2e édition: Edition Francis LEFEBVRE,2002,ISBN:2-85115-534-2.

LEFEBVRE (Francis).

Dossiers Pratiques, "Réforme des procédures collectives": Edition Francis LEFEBVRE, 2009, ISBN:978-2-85115-809-3.

LEFEBVRE (Francis).

Dossiers Pratiques , " Maîtrise des risques du dirigeant" : Edition Francis LEFEBVRE, 2009, ISBN:978-2-85115-825-3.

LIENHARD (ALAIN).

"Procédures collectives", 3e Editions: Delmas 2009, ISBN:9782247083268.

MERLE (Philippe).

Précis Droit Privé, Droit commercial, " Sociétés commerciales", 12e édition: Dalloz ,ISBN: 9782247080373.

MONSERIE-BON (Marie-Hélène), GROSCLAUDE (Laurent).

COURS," Droit des Sociétés et des Groupements" LMD, Montchrestien: Lextenso éditions, 2009, ISBN:978-2-7076-1592-3.

PEROCHON (Françoise) , BONHOMME (Régine) .

"Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement" , 8e édition : L.G.D.J, Lextenso éditions, ISBN: 978-2-275-03390-7.

SAINT-ALARY HOUIN (Corinne).

Domat Droit privé, "Droit des entreprises en difficulté", 5e édition: Montchrestien, ISBN: 2-7076-1340-1.

VIDAL (Dominique).

"Droit des sociétés",6e édition: L.G.D.J, Lextenso éditions, ISBN:978-2-275-03297-9.

II-LES OUVRAGES SPECIFIQUES

FRANÇOIS (Fabrice) , DE FRONDEVILL (Elvire) , MARLANGE (Ambroise) .

"Dirigeant de Société, statut juridique, social et fiscal" , 2e édition 2009: éditions Delmas, ISBN: 978-2-247-08096-0.

GIBIRILA (Deen).

"Le dirigeant de société, statut juridique, social et fiscal" Préface MARTY Jean-Pierre : Edition Litec,1995, ISBN:2-7111-2456-8.

JOURNEES D'ETUDE DALLOZ.

"Le Droit des Sociétés pour 2005": Editions DALLOZ, 2005, ISBN:224706058-7.

JURIS COMPACT.

"Le Dirigeant de sociétés: risques et responsabilités", édition 2002: Juris Classeur, groupe Lexis Nexis, ISBN:2-7110-0088-5.

LE CORRE (Pierre- Michel).

"La réforme du droit des entreprises en difficulté", commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009": Edition Dalloz,2009, ISBN:978-2-247-08325-1.

LUCAS (François- Xavier), LECUYER (Hervé) .

"Droit des affaires, la réforme des procédures collectives, loi de sauvegarde article par article": L.G.D.J ,2006, ISBN:2-275-03001-8.

ROUSSEL GALLE (Philippe), TRICOT (Daniel).

" Réforme du droit des entreprises en difficulté". De la théorie à la pratique., 2e édition, LexisNexis: Litec, ISBN: 978-2-7110-0730-1.

III-LES TRAITES

DELEBECQUE (Philippe) , GERMAIN (Michel).

"Traité de droit commercial, "Droit commercial, Tome2, 17e édition: L.G.D.J, ISBN:2.275.02315.1.

RIPERT(G).

"Traité élémentaire de droit commercial", Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1948.

RIPPERT (G) et ROBLLOT(R).

Traité de droit commercial, sous la direction de GERMAIN Michel, Tome1, volume2, "Les sociétés commerciales" 19 édition: L.G.D.J, Lextenso éditions ,ISBN:978-2-275-0374-0.

RIPPERT (G) et ROBLLOT (R).

Traité de droit commercial, Tome1,17e édition: L.G.D.J,ISBN:2-275-01733-X.

Traité de droit commercial, Tome2,16e édition: L.G.D.J, ISBN:2.275.01840.9.

IV. THESES ET MEMOIRES

Thèse: MESSAI, (Soraya). " La responsabilité civile des dirigeants sociaux", soutenue le 15 juin 2005, Université Paris Panthéon Sorbonne.

Mémoire: SOUKAÏNA (Mahommedi)." Le droit d'agir de l'associé", soutenu en 2007, Université du Sud Toulon-Var.

V-JURISPRUDENCES ET DOCTRINES

AUZERO (Gilles)."L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé" Dalloz Affaires ,1998, p. 502 et suivants.

BARBIERI (Jean-François)."Faute séparable des fonctions: exclusion ou cumul de la responsabilité des dirigeants et celle de la société?", Revue des Sociétés , Avril/juin 2009 n°2, p. 328 et suivants.

BARBIERI (Jean-François)."Responsabilité civile des personnes morales et leur dirigeants: précision sur les contours de la faute séparable", Revue des Sociétés, juillet/septembre 2003, p. 479 et suivants.

BARBIERI (Jean-François)."Conditions de la responsabilité personnelle des dirigeants", Dalloz Affaires,1998, p. 1008 et suivants .

BESNARD GOUDET (Raphaël). "La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers", Dalloz 2002, p. 1821 et suivants.

CHAZAL (Jean-Pascal), REINHARD (Yves). "Responsabilité personnelle des dirigeants de société à l'égard des tiers, précision jurisprudentielle", note LIENHARD.A, RTD com., juillet/septembre 2003, p. 523 et suivants.

DELENEUVILLE. (J-M). " L'action en comblement de l'insuffisance d'actif social de l'article L.624-3 du Code de commerce", Revue des procédures collectives 2002, p. 76 et suivants.

DESCORPS DECLERE (Frédéric). "Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux", RTD com., janvier/mars 2003 , p. 25 et suivants.

LE CANNU (Paul). "La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005", Revue des Sociétés 2005, p. 743 et suivants.

LE CORRE (Pierre-Michel). "La différence de nature juridique de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et l'action en obligation aux dettes sociales et ses conséquences pratiques", http://www.courdecassation.fr/IMG/File/23_06_06_le_corre-2-2.pdf.

NABET (Paola). "Le principe de proportionnalité s'invite en droit des procédures collectives", Petites affiches 8 avril 2010, n° 70.

POLLAUD-DULAN (Frédéric). " De quelques avatars de l'actions en responsabilité civile dans le droit des affaires", RTD com., juillet-septembre 1997, p. 349 et suivants.

ROSENFELD (Emmanuel), SEXER (Yves). "La responsabilité des dirigeants pour faute de gestion en cas de redressement judiciaire: l'article 180 et ses débordements", Dalloz Affaires, n°7/ 1995, pp. 145 et suivants.

ROUSSEL GALLE (Philippe), " Le dirigeant de société et le nouveau droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008", Revue des Sociétés n° 2/2009, p. 249 et suivants.

SAINT-HALARY-HOUIN (Corinne) "La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté", Revue des Procédures Collectives, n° 3 , juillet 2001, p. 145 et suivants.

VATINET (Raymonde). "La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles", Revue des Sociétés, avril- juin 2003, p. 252 et suivants.

WESTER-OUISSE (Véronique). "Critique d'une notion imprécise: la faute du dirigeant de société séparable des fonctions" Dalloz Affaires, 1999, p. 782 et suivants.

VI- ARRETS IMPORTANTS

Cass. com., 28 novembre 1961, JCP 1962 II. 12504., note J.R.

Cass.soc., 9 avril 1975, Bull.civ. V, n° 174; RTD civ., 1975, p.137.

Cass. civ. 1er, 31 mai 1978, Bull. civ. I, n°213.

Cass. com., 8 mars et 4 mai 1982, Revue des Sociétés 1983, p. 573 et s. note, GUYON.(Y).

Cass. com., 28 février. 1995, D. 1995, jur. p. 390, note DERRIDA. (F).

Cass. com., 28 avril 1998, Bull. Joly, 1998, n°263. note LE CANNU.(P.

Cass. com., 20 mai 2003, Bull. Joly, 2003, n° 167.

Cass. Com., 7 mars 2006, Bull. civ. IV, n°61.

Cass.com., 10 février 2009, Revue des Sociétés, 2009, n°2, p. 328 et suivants.

VII- LES CODES ET DICTIONNAIRES

Code de commerce, édition 2010, 105e édition: Dalloz

Code civil, édition 2010,109e édition: Dalloz

Code pénal, édition 2010,107e édition: Dalloz

Code de procédure civile 2010, 101e édition: Dalloz

Cornu, vocabulaire juridique, 7^e édition : PUF

Dictionnaire de la culture juridique: édition PUF

Lexique des termes juridique 17e édition: Dalloz

XI- SITES INTERNET

Courdecassation.fr

Droit finances.net

google.com

Jurisques.com

Légifrance.fr

Ministère de la justice : justice.google.com

Sudoc

TABLE DES MATIERES

DEDICACE	p.4
REMERCIEMENTS	p.5
SOMMAIRE	p.6
INTRODUCTION	p.7
<u>PREMIERE PARTIE: LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS A L'EGAR DES TIERS DANS LA SOCIETE IN BONIS</u>	p.12
CHAPITRE1: UNE PLURALITE DE TEXTES POUR UNE SOLUTION UNIQUE	p.14
SECTION1: Le cadre juridique de la responsabilité des dirigeants sociaux	p.14
PARAGRAPHE1: Le cadre en droit des sociétés	p.14
A: Le cadre de la responsabilité des dirigeants dans les sociétés commerciales	p.14
1) Les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires	p.15
2) La violation des statuts	p.16
3) La faute de gestion	p.18
B: Le cadre de la responsabilité dans les sociétés civiles	p.18
PARAGRAPHE2: Le cadre de la responsabilité en droit commun	p.19
A: Une responsabilité de nature délictuelle	p.19
1) Caractère exceptionnel de la responsabilité des dirigeants envers les tiers	p.19
2) La nature délictuelle ou quasi délictuelle de la responsabilité des dirigeants	p.20
B: Exceptions à la nature délictuelle de la responsabilité	p.21
SECTION2: Le cadre jurisprudentiel de la responsabilité des dirigeants: l'exigence d'une faute détachable des fonctions	p.23
PARAGRAPHE1: Les origines de la notion de faute détachable des fonctions	p.23
A: L'origine administrative de la notion	p.23

B: L'évolution jurisprudentielle de la notion	p.24
1) La consécration jurisprudentielle de la faute séparable des fonctions	p.24
2) Les critiques autour de la faute détachable des fonctions	p.27
PARAGRAPHE 2: La récente définition de la faute détachable des fonctions	p.29
A: Analyse et portée de l'arrêt "Seusse" du 20 mai 2003	p.29
1) Les critères de la faute séparable des fonctions	p.30
2) Illustrations jurisprudentielles de la faute séparable des fonctions	p.32
3) Cas dans lesquels la faute séparable n'a pas été retenu	p.33
B: La faute détachable des fonctions: vers une évolution de la notion?	p.35
1) Apports de l'arrêt Pierre Cardin du 10 février 2009	p.35
2) Comparaison de la responsabilité des dirigeants et celle des préposés	p.36
3) Quid du cumul des responsabilités de la société et du dirigeant?	p.39
CHAPITRE2: LA MISE EN OEUVRE DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANT	p.40
SECTION 1:Conditions générales d'existence de la responsabilité	p.40
PARAGRAPHE1: Eléments fondamentaux de la responsabilité	p.40
A: La faute : condition essentielle d'engagement de la responsabilité	p.40
1) La preuve de la faute	p.40
2) Le moment de la commission de la faute	p.41
B: Les autres conditions d'engagement de la responsabilité: le dommage et le lien de causalité	p.42
1) Le dommage	p.42
2) Le lien de causalité	p.43
PARAGRAPHE 2: L'exonération de la responsabilité des dirigeants	p.44
A:Les clauses statutaires	p.44
B: Les causes d'exonération	p.44
SECTION 2: Le régime de la responsabilité	p.46

PARAGRAPHE 1:L' exercice de l'action en responsabilité	p.46
A: Les parties à l'action en responsabilité	p.46
1) Demandeurs de l'action en responsabilité	p.46
2) Défendeur à l'action en responsabilité	p.49
B:Compétence juridictionnelle	p.49
1) La compétence d'attribution	p.49
2) L a compétence territoriale	p.50
PARAGRAPHE 2: Résultat de l'action	p.51
A:L'extinction de l'action en responsabilité	p.51
1) La prescription	p.51
2)Les autres causes d'extinction de l'action en responsabilité	p.54
B: La condamnation du dirigeant fautif	p.55
1) La responsabilité individuelle	p.55
2) La responsabilité solidaire	p.56
Conclusion de la première partie	p.58

DEUXIEME PARTIE: LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS A L'EGARD DES TIERS DANS LES SOCIETES EN DIFFICULTE

p.59

CHAPITRE 1:RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF	p.61
SECTION I: Présentation générale de l'institution	p.61
PARAGRAPHE1: La particularité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif	p.61
A:Historique de la responsabilité pour insuffisance d'actif	p.61
1) La situation antérieure à 2005: l'action en comblement du passif	p.61
2) La situation à partir de 2005: la responsabilité pour insuffisance d'actif	p.65
B: Nature juridique de la responsabilité pour insuffisance d'actif	p.67
1) Action en comblement du passif: une action en responsabilité	p.67

2) Combinaison de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif avec d'autres actions	p.68
PARAGRAPH2: Domaine d'application de la responsabilité pour insuffisance d'actif	p.72
A: Les personnes morales concernées	p.72
1) Existence d'une personne morale de droit privé	p.72
2) Personne morale soumise à une procédure collective	p.74
B: Les dirigeants personnes physiques	p.76
1) Les dirigeants de droit	p.77
2) Les dirigeants de fait	p.79
3) Situations particulières des dirigeants	p.81
SECTION2: Les conditions de la responsabilité pour insuffisance d'actif	p.83
PARAGRAPH1 : La faute du dirigeant: condition de fond de la responsabilité	p.83
A: L' exigence d'une faute de gestion	p.83
1) La faute de gestion: une notion largement comprise	p.83
2) Prise en compte de l'intérêt social dans la détermination de la faute de gestion	p.86
B: Antériorité de la faute de gestion à l'ouverture de la procédure	p.87
PARAGRAPH 2: Les autres conditions de la responsabilité pour insuffisance d'actif	p.87
A: Le préjudice constitué par l'insuffisance d'actif	p.88
1) L'évaluation de l'insuffisance d'actif	p.88
2) La situation sous l'empire des législations antérieures	p.89
B: Le lien de causalité entre la faute et l'insuffisance d'actif	p.90
CHAPITRE2: LE REGIME DE L'ACTION EN RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF	p.91
SECTION1: L'exercice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif	p.91
PARAGRAPH1 : Les règles de procédure	p.91
A: La qualité pour agir	p.91
1) Les personnes investies de cette qualité	p.91

2) Les personnes privées de cette qualité	p.92
B: La compétence juridictionnelle	p.93
PARAGRAPH2: La prescription de l'action	p.95
A: Le délai prescription	p.95
B:L'extinction de l'action en responsabilité	p.96
SECTION2: Le résultat de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif	p.96
PARAGRAPH1: La décision du tribunal	p.97
A: La procédure devant le tribunal	p.97
1) Le déroulement de la procédure	p.97
2) Les voies de recours	p.98
B: La prise de décision du tribunal	p.98
1) Pouvoir d'appréciation du juge sur la condamnation du dirigeant	p.99
2) Pouvoir d'appréciation du juge sur la détermination du montant	p.100
3) Pouvoir d'appréciation du juge en cas de pluralité des dirigeants	p.101
PARARAPHE 2: Les effets de la condamnation du dirigeants	p.103
A: Les effets de la condamnations sur les parties concernées	p.103
1) Les effets de la condamnation sur les tiers	p.103
2) Les effets de la condamnation sur les dirigeant	p.105
B: Sanctions de l'inexécution de la condamnation	p.106
CONCLUSION	p.108
BIBLIOGRAPHIE	p.109
TABLE DES MATIERES	p.115

RESUME

Exceptionnelle et subsidiaire, la question de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers suscite un intérêt particulier en droit des sociétés. Elle permet de voir comment les tiers peuvent atteindre personnellement les dirigeants et de ce fait, transcender le masque de la personnalité morale, qui les protège, de sorte que ceux-ci ne sont considérés que comme les représentants légaux de la société, n'ayant à priori aucun rapport avec les individus étrangers à la société. Le dirigeant du fait de son rôle capital dans la société, peut être amené à adopter un comportement déloyal ou illicite, causant ainsi un préjudice à autrui, dès lors qu'une sanction s'impose. La responsabilité personnelle des dirigeants apparaît donc comme le moyen de les contraindre à prendre un soin particulier dans l'exercice de leur mission. A ce sujet, la jurisprudence développa dans les années 1970, l'idée selon laquelle, la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers ne peut être engagée que si ces derniers commettent une faute séparable de leurs fonctions. Très critiquée par la doctrine, du fait de son imprécision, ce n'est que récemment, en 2003, dans un arrêt de principe, que la Cour de cassation proposa une définition de la notion. Ainsi, s'il est aujourd'hui admis que seule la faute séparable des fonctions permet d'engager la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, on observe toutefois que l'exigence de cette faute particulière est limitée à l'entreprise solvable. En effet, dès l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, prévue par l'article L.651-2 du Code de commerce permet d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants, dès lors que celui-ci aura commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif dont souffrirait les créanciers sociaux, peu importe alors que cette faute soit séparable ou non de l'exercice des fonctions directoriales.

Exceptional and subsidiary, the managers' responsibility concern towards third parties arouses a particular interest in company law. It allows to see how third parties can personally reach the managers and thus transcend the mask, the legal responsibility which protect them so that these ones are only considered as legal representatives of the company, having a priori no link with individuals strangers to the company. The manager, on account of his major role in the company can be brought to adopt an unfair or illicit behavior harming thus others. From then on a sanction is imperative. The personal responsibility of managers seem to be therefore the means to compel them to pay attention when they do their job. Jurisprudence developed about it in the 1970s the idea that the responsibility of managers towards third parties cannot be committed unless these latter make a mistake separable from their duties. Very criticized by the doctrine because of its imprecision, it is only in 2003 that the final court of appeal suggested a definition of the notion in a provisional decision. Therefore, if it is admitted nowadays that only the mistake separable from duties allows to commit the managers' responsibility towards third parties, one can note however that the requirement of this particular mistake is limited to the solvent company. Indeed, from the opening of a collective procedure against the company, the action in responsibility for assets insufficiency provided by the commercial law clause L. 651-2 allows to commit the responsibility of managers, from the moment that these ones will have made a mistake having contributed to the assets insufficiency that social creditors would endure.

DISCIPLINE: DROIT DES SOCIETES

MOTS- CLES: Dirigeant - Faute de gestion - Faute détachable des fonctions - Insuffisance d'actif- Personnalité morale - Responsabilité - Tiers.

Faculté de Droit de Toulon, 35 avenue Alphonse Daudet, BP 1416, 83056 Toulon Cedex.