

La protection des créanciers en droit des sociétés

609. En l'absence de confusion de patrimoine ou de fictivité (et en dehors des domaines régis par des règles particulières¹¹⁸⁴), la société mère n'assume aucune responsabilité du fait de ses filiales et *vice versa*. La personnalité juridique des sociétés composant le groupe interdit de tenir l'une pour responsable en raison du comportement des autres¹¹⁸⁵. Dans le même ordre d'idées, la société mère ne commet aucune faute civile en décidant de ne pas accorder son soutien financier à une filiale en difficulté¹¹⁸⁶. Ce principe énonce d'ailleurs que, « lorsqu'il s'agit d'évaluer si les difficultés rencontrées par une filiale justifient l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, la situation financière de la société mère ne puisse être prise en considération¹¹⁸⁷ ».

Il en résulte ainsi que les créanciers de la première qui prétendent être victimes d'un préjudice causé par la société mère ne peuvent que rechercher la responsabilité de cette dernière en se fondant sur sa faute personnelle, celle commise à l'occasion de l'exercice de ses prérogatives au sein de la filiale. Ils devraient d'abord établir que cette société dispose d'une qualité attributive des pouvoirs de gestion ou de décision à l'égard de la filiale, et ensuite prouver qu'elle avait commis une faute liée à l'exercice de ses fonctions sociales. Une fois ces éléments établis, la société mère dirigeante ou associée majoritaire peut se voir imputée tout ou partie du passif de sa filiale.

Cependant, il faut noter qu'il n'y a pas lieu d'évoquer l'extension de la procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la société filiale à la société mère dirigeante ou associée. En effet, depuis la loi du 26 juillet 2005 le législateur a supprimé les extensions prévues auparavant à l'article 7 de la loi du 25 janvier 1985, au détriment des associés ou des dirigeants de la personne morale débitrice. Ainsi, il n'existe plus aujourd'hui que les deux cas prévus à l'article L. 621-2 du Code de commerce afférents à des situations juridiquement anormales : la fictivité de la personne morale et la confusion des patrimoines¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁴ Cf. infra n° 702 et s.

¹¹⁸⁵ M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°1543, p. 791.

¹¹⁸⁶ cf. en matière bancaire, CA Paris, 13 janv. 1998, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 321, note Daigre J.-J. ; cf. également, Lucas F.-X., *Les filiales en difficulté*, LPA 2001, no 89, p. 66.

¹¹⁸⁷ CA Versailles, ch. com., 15 juin 2006, no RG: 05/05371, *Yvon X c/ SAS 9 Telecom*, Rev. proc. coll. 2006, p. 225, note Fraimout J.-J.

¹¹⁸⁸ A. Martin-Serf, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, conditions de fond, personne morale*, *JurisClasseur*, 15 sept. 2006, n° 72.

Dès lors, il convient de consacrer ce chapitre à la responsabilité de la société mère fondée sur sa faute liée à l'exercice des fonctions sociales dans la filiale. Il s'agit de la faute imputée à cette société en qualité de dirigeante de sa filiale (1^{ère} section), et de celle rattachée à l'exercice de ses pouvoirs d'associée majoritaire (2^e section).

Section I : La société mère, dirigeante de sa filiale

610. La société mère peut être poursuivie par les créanciers de sa filiale si elle a commis en tant que dirigeante¹¹⁸⁹, une faute de gestion ou une violation des statuts ou des lois applicables¹¹⁹⁰. Comme nous l'avons étudié plus haut, les Codes de commerce français et libyen n'interdisent pas aux personnes morales d'exercer la direction sociale, conférant aux sociétés mères, associées majoritaires de leurs filiales, une opportunité pour se faire nommer dirigeante de celles-ci. Elles peuvent exercer cette fonction par leur représentant légal ou par une autre personne, telle qu'un salarié ou un dirigeant.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une filiale de forme anonyme, la direction se caractérise par une large flexibilité, notamment après l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (inhérente à la modernisation de l'économie), qui a permis aux associés de choisir les membres du conseil d'administration parmi eux ou parmi des tiers. La société mère, actionnaire majoritaire de sa filiale, pourra se voir nommer membre du conseil d'administration de celle-ci, ou attribuer cette qualité à une personne subordonnée, telle un salarié ou une autre filiale. Mais dans ce dernier cas, elle n'aura pas la qualité de dirigeant de droit.

611. En revanche, la société mère n'a pas vocation à endosser la qualité de représentant légal de sa filiale, c'est-à-dire celle de président du conseil ou de directeur général¹¹⁹¹. Ces postes ne peuvent être confiés qu'à une personne physique, choisie par le conseil d'administration, parmi ses organes, ou à des tiers. Même si cette société fait partie du conseil d'administration de sa filiale, son président ou directeur général ne peut s'investir

¹¹⁸⁹ « Le dirigeant est celui ou ceux désigné(s) par les statuts ou par les associés en fonction au moment des faits. Il pourra s'agir du P - DG, du directeur-général, des membres du directoire, des membres du conseil d'administration, des représentants permanents des personnes morales, du gérant et même du liquidateur amiable après la dissolution de la société. Il importe peu également que le dirigeant soit ou non rémunéré, qu'il ait ou non la qualité d'associé ou encore la nationalité française » (voir, J-P. Legros, *op. cit.*, n°28-8, p.?).

¹¹⁹⁰ Certains auteurs constatent qu'en pratique, il est assez rare que la société mère soit dirigeant de droit de ses filiales : la qualité qui lui est la plus attribuable est celle de dirigeant de fait. Voir en ce sens, R. Dammann, *op. cit.*, p. 16 ; H. Essa, *Les sociétés multinationales*, *op. cit.*, p. 170.

¹¹⁹¹ Depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, la direction sociale peut être confiée soit au président du conseil d'administration soit à un directeur général (C. com., art. L 225-56).

dans ces fonctions, n'étant pas attaché à son poste de manière autonome, mais en tant que mandataire d'une personne morale administrateur. Pour autant, lorsqu'il s'agit d'une filiale anonyme de structure nouvelle (dualiste), les membres de son directoire doivent être des personnes physiques (C. com. art. L. 225-72). Cette exigence exclut toute possibilité pour la société mère de s'attribuer la qualité de dirigeant de sa filiale. Cependant les membres du conseil de surveillance peuvent être des personnes physiques ou morales, choisies parmi les associés ou des tiers. La société mère trouve dès lors vocation à se faire désigner dans ce conseil et exercer les pouvoirs attribués à ses membres, notamment ceux de nommer et contrôler les membres du directoire de sa filiale.

612. De surcroît, le régime de la SAS est souvent conçu dans les groupes de sociétés comme un mode approprié aux filiales, étant donné la flexibilité des règles afférentes à la direction. Dans cette forme sociale, la plus grande latitude est conférée aux associés afin d'adapter la société aux besoins d'aménagement du pouvoir éprouvés par les groupes pour l'exercice d'une activité déterminée¹¹⁹². Une filiale revêtue d'une telle forme se soumettra facilement au contrôle de sa mère puisque sa direction peut être confiée à une seule personne physique ou morale¹¹⁹³, parmi les associés ou des tiers. Dans cette souplesse d'organisation, la société mère trouve une large possibilité de se faire désigner dirigeante unique, voire présidente du conseil d'administration de sa filiale, exerçant ses fonctions par son représentant permanent, qui peut être un dirigeant ou un salarié. Dans tous ces cas, les conditions de nomination, révocation et rémunération, ainsi que la durée du mandat social, sont déterminées par les statuts de la filiale. La société mère dirigeante ou présidente doit respecter les obligations légales et statutaires relatives à ces qualités. Elle assume en cas de violation, la responsabilité qui en découle.

613. Du reste, non loin de ce régime, on trouve le statut juridique de la SCA qui confère aux associés une totale liberté sur l'organisation de sa direction. Ces derniers disposent du pouvoir de nommer les gérants parmi eux ou des tiers, personnes physiques ou morales. Les dirigeants peuvent gérer la société de toutes les façons qu'ils jugent

1192 Voir : T. Gautier, *op. cit.*, n° 444, p. 289 ; P. Le Cannu, *Le contrôle d'une SAS par la mère d'une société minoritaire et par les cadres de celle-ci.*, note sur conseil d'Etat., *Rev. soc.* 2008, p. 104. Il affirme en ce sens que « les statuts d'une société par actions simplifiées, on le sait, peuvent contenir des clauses qui s'éloignent très nettement des principes applicables aux sociétés anonymes, notamment concernant l'égalité des actionnaires et les modalités de prise des décisions de gestion (au sens légal)... ».

1193 A la différence de la SA, la direction de la SAS peut être confiée à un seul président qui peut être une personne morale tierce. Les statuts peuvent également créer des organes collégiaux, avec toute liberté de se dénommer (conseil d'administration, comité directeur, comité exécutif, bureau, etc.) ainsi que leurs fonctions respectives, et le mode de décision (majorité, simple, etc...) Voir M. Cozian et ses coauteurs, *op. cit.*, p. 404.

adéquates. Ils sont investis de pouvoirs étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (art. L. 226-7 C. com.) ; les statuts n'ayant pas à limiter ces pouvoirs. A cet égard, la place de ce type de société dans les groupes ne cesse de s'étendre, considérant les avantages qu'elle offre à la société mère dans la gestion et le contrôle de sa filiale portant cette forme. Celle-ci peut s'y faire désigner gérante unique ou confier cette fonction à un dirigeant ou un salarié.

Ce régime s'avère d'ailleurs différent de celui de la SARL qui agit en la matière avec une certaine rigidité. La gérance d'une SARL ne peut être confiée qu'à une ou des personnes physiques, parmi les associés ou des tiers. Dans cette condition, la société mère n'a pas à être dirigeante de sa filiale, même si elle peut y désigner un salarié ou un dirigeant personne physique¹¹⁹⁴.

614. Dès lors, le législateur procure aux associés dans la plupart des sociétés une large autonomie quant au choix des membres de la direction sociale, favorisant davantage les sociétés mères ou holdings qui veulent verrouiller le contrôle sur leur groupe. Mais, autant cette flexibilité juridique sert la mise en œuvre de la stratégie commune du groupe, autant elle facilite la mise en cause de la société mère dirigeante. Celle-ci, même associée d'une filiale à risque limité, peut s'exposer aux sanctions prévues contre les dirigeants sociaux.

Ces sanctions diffèrent cependant selon la situation financière de la société filiale : certaines sont relatives à la filiale *in bonis* (1^{ère} sous-section), d'autres s'appliquent à celle en difficulté (2^{ème} sous-section).

Sous-section I : La société-mère dirigeante d'une filiale in bonis

615. Être "*in bonis*" est une expression latine, actuellement d'une utilisation peu fréquente. Elle désigne dans notre étude une société jouissant de l'ensemble de ses droits patrimoniaux. Une filiale *in bonis* est une entreprise en bonne santé sur le plan financier. A l'inverse on parlera d'entreprise «en difficulté», relativement à une société placée sous le régime de la liquidation judiciaire. L'expression « une société filiale en difficulté » définit celle déchu de ses droits de disposer des biens constituant le gage de ses créanciers.

La position des dirigeants de la filiale *in bonis* implique à cet égard l'application de règles juridiques beaucoup moins strictes que celles afférentes à leurs analogues dans une filiale en difficulté. Il s'agit de l'action en responsabilité pour faute séparable de l'exercice

¹¹⁹⁴ En ce qui concerne le droit libyen, le Code de commerce n'exige pas la qualité de personne physique du gérant de SARL, ce qui permet à une société mère de s'attribuer un tel poste.

social (I), et de celle en responsabilité civile constitutive d'une infraction pénale (II).

I- L'action en responsabilité pour faute détachable des fonctions sociales

616. Dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, le législateur français a élaboré un régime spécial de la responsabilité des dirigeants. L'article L. 223-22 du Code de commerce relatif à la SARL, dispose que «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». La même disposition est reprise dans les sociétés anonymes par l'article L. 225-251, applicable à la SCA et à la SAS (par renvoi des articles L. 226-12 et L. 227-8). Dans ces textes, la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers peut être saisie dans trois hypothèses : violation des dispositions législatives ou réglementaires, violation des statuts, et faute de gestion. En tout état de cause, les tiers sont recevables à agir pour tous les chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux qui découlent de ces agissements fautifs.

617. Quant au droit libyen, l'article 186 du Code de commerce, relatif à la SA (applicable à la SCA et à la SARL), prévoit que «l'associé et le tiers victimes d'un préjudice résultant des actions fautives ou frauduleuses du conseil d'administration, peuvent demander aux membres de celui-ci la réparation».

A partir des années quatre-vingts, la jurisprudence française a limité considérablement la portée desdits articles, en décidant qu'à l'égard des tiers¹¹⁹⁵ la responsabilité des dirigeants ne peut être engagée que s'ils ont commis une faute personnelle séparable de leurs fonctions ; à défaut, le tiers lésé doit chercher la responsabilité de la société¹¹⁹⁶. Les tribunaux, soutenus par la haute juridiction, ont protégé les dirigeants à l'égard du tiers en leur opposant la barrière de la personnalité morale : toute faute commise était nécessairement de gestion et donc devait être assumée par la société

1195 Voir, R-B. Goudet, *La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers*, Recueil Dalloz, 13/06/2002, p. 1821 : «L'exigence de la faute détachable ou séparable et personnellement imputable au dirigeant, apparue dans les années 80, a été posée et réaffirmée maintes fois par la Cour de cassation (voir par exemple récemment : Cass. com. 9 et 22 mai 2001, Dr. sociétés 2001, p. 20, § 146 ; Cass. 3e civ. 4 avr. 2001, Dr. sociétés 2001, p. 22, § 102) pour engager la responsabilité des dirigeants de société à l'égard des tiers ».

1196 Voir dans le même sens, D. Schmidt, *Actualité du droit des sociétés : synthèse 2007-2008*, Dalloz actualité 28 avr. 2008.

elle-même¹¹⁹⁷. Comme *M. Cozian* et ses coauteurs¹¹⁹⁸ l'ont fait remarquer, « les juges ont transposé en droit des sociétés les solutions admises en droit administratif selon lesquelles l'agent ne répond que de sa faute personnelle détachable de ses fonctions, et non de sa simple faute de service¹¹⁹⁹ ». La jurisprudence a donc pu accepter l'application de cette théorie en droit des sociétés, considérant la faute détachable (ou séparable) de l'exercice des fonctions sociales comme la seule qui engage la responsabilité des dirigeants à l'égard du tiers¹²⁰⁰. Une évolution donc, commencée depuis 1982¹²⁰¹, a établi le principe général selon lequel : le dirigeant n'est responsable que des fautes personnelles détachables de ses fonctions. Les autres fautes sont des fautes « de service » dont seule la société supportera les conséquences¹²⁰².

618. Toutefois, le point délicat reste relatif au critère caractérisant cette notion (faute séparable). Dans un premier temps, la Cour de cassation a donné au caractère «détachable» un sens extrêmement étroit, exigeant pour la responsabilité du dirigeant que sa faute soit personnelle et qu'elle ne relève pas de l'exercice normal de ses fonctions. Ainsi, en mars 1982 elle a énoncé que « ne donne pas une base légale à sa décision une cour d'appel qui 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

¹¹⁹⁷ La jurisprudence instaure en la matière une différence nette entre la responsabilité des dirigeants à l'égard des associés et cette responsabilité à l'égard du tiers. Cette différence découle en effet du fait qu'entre les dirigeants et le tiers s'interpose la société : les associés sont dans la société, le tiers lui est par définition extérieur. La personnalité morale fait en principe écran. Voir en ce sens, *Y. Chartier, La responsabilité du gérant en cas de fait délictuel ou quasidélituel imputable à une société, note sous cass. (Ch. com.), 4 juin 1991, SACEM c. SARL Windsor et M. Petit* *ès qual, rev. Soc.* 1992, p.55.

¹¹⁹⁸ *M. Cozian et alter, Droit des sociétés, op. cit., n°281, p.161.*

¹¹⁹⁹ Voir aussi : *R-B Goudet, La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers. A propos de l'arrêt rendu par la Cour d'Aix, le 20 sept. 2000 : « Cette jurisprudence conforte l'idée que la Cour de cassation s'inspirait de la distinction du droit administratif entre la faute de service et la faute détachable du service » ; Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 2004-2005, n°1374, p. 329 et s.*

¹²⁰⁰ *Cass. Com. 8 mars et 4 mai 1982, rev. soc.* 1983, p. 573, *note Guyon* ; 4 oct. 1988, *rev. soc.* 1988, p.600, *obs. Guyon, RTD Civ.* 1989, p.86, *obs. Jourdain, Defrénois* 1989, p. 557, *note J. Honorat* ; 28 avr.1998, *JCP E* 1998, p. 1258, *note Guyon, Bull. Joly* 1998, p. 767, *note Saintourens, RTDCom.* 1998, p. 623, *obs. Petit et Reinhard* ; 12 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 812, *note Barbiéri.*

¹²⁰¹ *Cass. com. n° 79-10.42, 8 mars 1982.* Dans le domaine du droit social, une première confirmation a été constatée dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en avr. 1975. En la circonstance, la responsabilité du président d'un syndicat fut retenue au motif qu'ayant procédé à un licenciement fondé sur un « sentiment d'hostilité » et « inspiré par l'intention de nuire » au salarié, il avait « commis une faute personnelle détachable de ses fonctions (*Cass. soc. 9 avr. 1975, Bull. civ. V. n° 174, RTD civ.* 1976. 137 *obs. G. Durry).*

¹²⁰² Voir aussi, *Cass. com. 27 janv. 1998 : Bull. Joly* 1998, p. 535, *note Le Cannu, Dr sociétés* 1998, *comm. n° 46, obs. Vidal* ; *Cass. com. 28 avr. 1998 : Bull. Joly* 1998, p. 808, *obs. Le Cannu* ; *Cass. com. 20 oct. 1998, RJDA* 1998, p. 636.

litigieux¹²⁰³ ». Dans un autre arrêt plus récent (du 20 octobre 1998), la même Cour a estimé qu'une Cour d'appel « retient à bon droit que si le directeur général d'une société anonyme a commis une faute en ne vérifiant pas qu'il détenait toujours le pouvoir de consentir des cautionnements au nom de la société, cette faute n'était pas séparable de ses fonctions de directeur général et qu'il n'était ainsi pas établi que sa responsabilité personnelle était engagée¹²⁰⁴ ».

619. A partir du 20 mai 2003, la chambre commerciale de la Cour de cassation a donné des indications précises sur la notion de faute séparable des fonctions sociales, s'efforçant en quelque sorte de trouver un juste équilibre entre la nécessaire sérénité du dirigeant et les diligences que l'on est en droit d'attendre de lui. Il s'agit dans cette affaire d'une gérante qui avait trompé volontairement un fournisseur de la société en lui cédant une créance déjà cédée à un autre afin de poursuivre l'activité sociale. La Cour retient en l'espèce que « la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable des fonctions sociales ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales¹²⁰⁵ ». Selon cette décision, la faute du dirigeant doit, pour être qualifiée de séparable, satisfaire trois conditions : être intentionnelle, d'une gravité particulière et incompatible avec l'exercice des fonctions sociales¹²⁰⁶. Mais elle n'implique pas que le dirigeant ait agi dans un intérêt personnel ; il suffit qu'il commette la faute en visant la poursuite de l'activité sociale¹²⁰⁷.

¹²⁰³ Cass. com. n° 79-10.42, 8 mars 1982, *Bull. des arrêts, Cour de cassation, chambre commerciale*, n° 92, (voir aussi le commentaire de cet arrêt, Y. Guyon, *Rev. soc.* 1983. 573, 1^{re} esp.) ; 4 oct. 1988, *Rev. soc.* 1989. 213, note A. Viandier ; *RTD civ.* 1989. 86, obs. P. Jourdain et 306, obs. J. Mestre. *Rapprocher* : Cass. soc. 31 janv. 1980, *Bull. civ.* V, n° 102.

¹²⁰⁴ Cass. com. 96-15.418 - 20 oct. 1998 – *Bull.* 1998, IV N° 254 p. 211; voir aussi, Cass. . com. 29 avr. 1998 : *Bull. Joly. Société* 1998, p.888, note P. Le Cannu. Dans cette décision, la Cour a estimé que, même si les dirigeants ont commis un dol dans l'exécution d'un contrat ou ont dépassé la limite de leurs pouvoirs, leur faute ne peut être caractérisée comme « détachable » de leurs fonctions gestionnaires.

¹²⁰⁵ La Cour de cassation commente elle-même la décision dans son rapport annuel en affirmant « *qu'il est acquis en jurisprudence qu'un dirigeant social n'engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers que s'il commet une faute séparable de ses fonctions. Il en est ainsi parce qu'à l'égard des tiers, la faute que commet le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions est en principe celle de la société elle-même, au nom de laquelle il agit. Mais lorsque la faute est telle qu'elle révèle que le dirigeant ne peut l'avoir commise en représentation de la personne morale, il doit en répondre personnellement* ».

¹²⁰⁶ Cass. com. (RJDA 8-9/2003, n°842, p.747, *ibid.* p.717, *Avis de l'avocat général à la Cour de cassation*, Viricelle ; *Bull. Joly* 2003, p.786, note Le Nabasque ; *JCP E* 2003, p. 1398, note Hadji-Atinian ; *D.* 2003. *Jur.*, 2623, note Dondero. Plus anciennement, la Cour d'appel de Paris (CA Paris 10 sept. 1999 : *RJDA* 12/1999, n°1345), condamna un dirigeant-associé-majoritaire pour avoir commis une faute d'une gravité particulière. Celui-ci avait décidé de modifier la dénomination, le siège et l'objet social afin de dissimuler que la société commercialisait des produits semblables à ceux d'une société cliente.

¹²⁰⁷ Cass. com. n°02-17.729 - 07 juill. 2004. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir imputé à un dirigeant la faute séparable de ses fonctions sociales. Celui-ci avait participé de

620. En outre, jusqu'au 10 février 2009, il était question de savoir si le dirigeant agissant dans les limites de ses prérogatives pouvait néanmoins commettre une faute qualifiée de « détachable » en raison de son comportement. Depuis, un arrêt dit 'Pierre Cardin' du 10 février 2009¹²⁰⁸ indique que la faute détachable peut parfaitement être le fait des dirigeants « même agissant dans les limites de leurs attributions ». La Cour de cassation a déclaré dans cette décision que « manque de base légale au regard de l'article L. 225-251 du code de commerce l'arrêt qui, pour écarter la responsabilité des dirigeants d'une société pour faute de gestion, retient que la décision de ne pas constituer de provision particulière sur plusieurs années a été prise par le conseil d'administration et approuvée par l'assemblée générale de la société et qu'à supposer même qu'elle soit susceptible de constituer une faute à l'encontre des dirigeants de celle-ci, elle ne pourrait être considérée comme détachable de leurs fonctions, une telle décision entrant parfaitement dans le cadre de celles-ci, 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 » Un dirigeant qui n'a pas établi de provisions pour régler les redevances de trois contrats de licence abusivement résiliés, ni pour régler le montant des condamnations prononcées à l'encontre de la société, commet une faute détachable dont il est responsable à titre personnel.

621. Par ailleurs, dans le cadre de groupes, une question se pose souvent sur les effets

façon active et personnelle à des actes de contrefaçon dont il avait revendiqué la qualité d'initiateur, ce qui a permis d'établir leur caractère intentionnel. La Cour a ainsi affirmé que « *Attendu que la cour d'appel a constaté, sans dénaturer les conclusions déposées devant elle par M. X..., que celui-ci avait participé de façon active et personnelle aux actes dénoncés dont il a revendiqué la qualité d'initiateur ; qu'ayant ainsi fait ressortir qu'il avait intentionnellement commis des actes de contrefaçon, la cour d'appel, abstraction faite du moyen inopérant évoqué à la deuxième branche, en a exactement déduit que M. X... avait commis une faute séparable de ses fonctions engageant sa responsabilité personnelle ; que le moyen, qui ne peut être accueilli en sa deuxième branche, n'est pas fondé pour le surplus* ». Ces critères restent adoptés dans la jurisprudence jusqu'à présent. Dans un arrêt rendu le 20 sept. 2011 (CA Paris, PÔLE 02 ch. 01 - 10/03144 - 20 sept. 2011), la Cour d'appel de Paris a affirmé que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant de société à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable des ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsqu'il commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales ; qu'en revanche, il n'est pas responsable des fautes de la personne morale* ». voir aussi : Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-16.536, Bull. civ. 2006, IV, n° 61, p. 62 ; Rapp. C. cass. 2006, La documentation française, 2007, p 351 ; JurisData n° 2006.032682 ; D. 2006, p 857, obs. A. Lienhard ; JCP G 2006, I, 368 et JCP E 2006, 2035, n° 2, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; JCP E 2006, 2331, n° 14, obs. M. Cabrillac ; Bull. Joly Sociétés 2006, [§ 186], p 938, note F. -X. Lucas. - Dans le même sens antérieurement, CA Versailles, 13e ch, 22 juin 2000 : Bull. Joly Sociétés 2000, p. 1051, [§260], obs. J.-J. Daigre – D. 2000, act. jurispr. p 367, note A. Lienhard - Voir. S. Jambort, Responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des tiers pour les faits antérieurs à l'ouverture d'une procédure collective, JCP E 2003, 2834, spéc. n° 13 s.

¹²⁰⁸ Cass. com. 10 févr. 2009, n°07-20.445, Bull. 2009, IV, 21.

de la violation de l'objet social. Il n'est pas rare en effet qu'une société mère gérante d'une filiale conclut au nom de celle-ci des contrats avec d'autres sociétés du groupe, contraires à l'objet social de la filiale. Par exemple, la filiale exerce une activité industrielle et sa mère gérante prête à une autre filiale déficitaire une partie de ses réserves. On peut se demander si la société mère gérante peut le cas échéant être imputée d'une faute détachable de ses fonctions.

Cette question n'est pas traitée de manière identique dans les droits français et libyen. Dans le premier, il importe d'opérer une distinction selon que la filiale contractante est une société à risque limité ou une société à risque illimité. Dans la première hypothèse¹²⁰⁹, la filiale est engagée par les actes de sa mère, même s'ils ne relèvent pas de son objet social. Les sanctions sont uniquement d'ordre interne. Cet engagement nécessite cependant que le tiers cocontractant soit de bonne foi, ignorant que l'acte conclu ne s'inscrivait pas dans les limites assignées à l'objet social¹²¹⁰. A défaut, il n'a vocation qu'à se retourner contre la société mère dirigeante. A cet égard, la précédente question ne se pose que lorsqu'il s'agit d'un tiers de bonne foi. La réponse est ici d'une importance majeure, car lorsqu'il s'agit d'une faute séparable des fonctions sociales le tiers victime peut se retourner à la fois contre la filiale contractante et contre la société mère dirigeante. La Chambre commerciale de la Cour de cassation¹²¹¹ a précisé dans un arrêt rendu en 2010 que le gérant d'une SARL commettait une faute intentionnelle d'une particulière gravité lorsqu'il avait accepté que la société exécute des travaux n'entrant pas dans l'objet social et lorsqu'il n'avait pas souscrit l'assurance obligatoire adéquate. Dans cette affaire, l'objet de la SARL était la création et l'entretien de jardins et d'espaces verts ; le gérant l'avait dépassé en réalisant des travaux à l'extérieur, faisant appel à des techniques de bâtiment, en omettant de souscrire une assurance. La décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation, confirmant l'arrêt rendu par les juges du fond¹²¹², a décidé que « le gérant d'une SARL commet une faute intentionnelle d'une particulière gravité lorsqu'il accepte que la société exécute des travaux n'entrant pas dans l'objet social et lorsqu'il n'a pas souscrit l'assurance obligatoire adéquate. Le dépassement de l'objet social constitue un élément contribuant à la

1209 Cette règle ne vaut pour une filiale représentée directement par sa mère que si elle revêt la forme d'une SARL, d'une SAS ou d'une SCA. S'agissant cependant de la filiale SA, l'hypothèse qu'elle soit représentée directement par sa mère est complètement exclue, car la qualité de directeur général ou de président du conseil d'administration de cette forme sociale est, en droit français, exclusivement réservée aux personnes physiques.

1210 La loi précise du reste que la seule publication des statuts ne suffit pas à établir la mauvaise foi du tiers.

1211 Cass. com. 18 mai 2010, n°09-66172 (JCPE n°37 Sept. 2010).

1212 CA. Reims, 10 févr. 2009.

caractérisation de la faute séparable».

622. L'objectif recherché ici est donc d'engager la responsabilité du dirigeant qui contrecarre l'objet social, engendrant un préjudice à des tiers. Le seul dépassement de cet objet caractérise selon les termes de cet arrêt une faute détachable des fonctions sociales dans la mesure où il contrevient à l'exercice normal de ces fonctions¹²¹³. Selon nous, cette jurisprudence paraît logique et adéquate : logique puisque le représentant qui outrepassé l'objet social commet une faute intentionnelle ou, tout du moins, une faute d'une particulière gravité non compatible avec l'exercice de ses fonctions. Elle est pertinente pour les créanciers des sociétés affiliées d'un groupe qui, face à la tendance de la société mère à avantager certaines filiales au détriment d'autres, pourraient engager la responsabilité de celle-ci.

623. En outre, lorsqu'il s'agit d'une filiale à risque illimité, pareille sécurité juridique du tiers ne se retrouve pas, car la société mère dirigeante n'engage cette filiale que par les actes relevant de son objet social. Les actes dépassant cet objet, inopposables à celle-ci, le tiers se doit d'être prudent et de vérifier les contours de l'objet de la filiale avant de passer son contrat avec elle. À défaut, le tiers éconduit pourra tenter d'engager la responsabilité de la société-mère dirigeante.

624. En revanche, se référant au droit libyen, la question ne pose pas de difficulté particulière, car selon le Code de commerce, l'immatriculation des statuts en registre du commerce et des sociétés entraîne présomption irréfragable de la connaissance des tiers de toutes les informations publiées. En effet, aux termes de l'article 489, intitulé "portée d'immatriculation" – applicable à toutes les actions commerciales accomplies par des personnes physiques ou morales¹²¹⁴ –, « les tiers ne peuvent se prévaloir de leur ignorance des actes publiés en registre du commerce et des sociétés, dont la loi impose l'immatriculation ». Parmi les actes concernés par l'immatriculation se trouve une copie des statuts (C. com. art. 491). De ce fait, une fois l'objet de la filiale publié, le tiers ne peut

¹²¹³ Voir en ce sens, B. Dondero, *faute séparable des fonctions : culpa lata dolo non aequiparatur ?* Note sous Cour de cassation (com.) 31 janv. 2012, F-D, n° 11-14.154, Prez c/ Amaro Figueiredo, rev. Soc. 2012, p.408 : « le gérant qui signe un contrat que sa société n'a pas le droit de conclure, parce qu'il viole une interdiction légale, constitue un acte de contrefaçon, etc. commet une faute, et peut-être une faute séparable de ses fonctions. Le fait que le contrat soit conclu hors de l'objet social constitue également un indice de l'existence d'une telle faute »

¹²¹⁴ Cette règle a été reprise par l'article 57 du même Code pour s'appliquer à la SNC et SCS : « Excepté ce que les statuts ou le mandat social lui interdisent expressément, le représentant de la société peut effectuer tout ce qui relève de l'objet social. Ces exceptions ne sont néanmoins pas opposables au tiers tant qu'ils ne sont pas immatriculés en registre du commerce et des sociétés ou qu'il n'était pas prouvé que ce tiers en avait connaissance ».

poursuivre que la société mère dirigeante, en s'appuyant sur sa faute de gestion dont le caractère détachable des fonctions sociales ne présente aucune exigence dans la jurisprudence libyenne.

625. Par ailleurs, on peut se demander enfin si la commission d'une infraction pénale par le dirigeant constitue en toute hypothèse une faute détachable de l'exercice des fonctions sociales. Une société mère dirigeante, violant une disposition pénale (par exemple : défaut de souscription d'une assurance obligatoire de responsabilité, concurrence déloyale, infraction aux règlements environnementaux ou fiscaux, etc.), doit-elle le cas échéant réparer les dommages causés au tiers par cette infraction ?

La jurisprudence inhérente à cette question ne semble pas unanime : des réponses divergentes ont été apportées en la matière. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation est hostile à la notion de faute séparable. La responsabilité civile du dirigeant social coupable d'une infraction pénale paraît aller de soi¹²¹⁵. La chambre commerciale a posé en 2010 un principe selon lequel « le gérant d'une SARL qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales engage sa responsabilité à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice¹²¹⁶ ». Selon cette décision, il n'y aura pas lieu à tergiverser sur la gravité de la faute commise : une qualification pénale appropriée suffira à caractériser la faute détachable des fonctions¹²¹⁷.

Cependant, dans un autre arrêt plus récent, la même chambre criminelle¹²¹⁸ a relaxé un dirigeant de sa responsabilité civile fondée sur la faute séparable des fonctions sociales tout en retenant sa responsabilité pénale émanant de ses actes déloyaux et d'une contrefaçon. Elle a précisé en ce sens qu'« alors que l'agent d'un service public n'est personnellement responsable des conséquences dommageables de l'acte délictueux qu'il a commis que si celui-ci constitue une faute détachable des fonctions ; que la faute pénale n'est pas nécessairement détachable des fonctions ; que l'arrêt attaqué, qui a déduit de la seule

¹²¹⁵ Cass. crim. 14 oct. 1991, Rev. Soc. 1992, p.782, note Bouloc; 14 déc. 1999, Consorts Mitterand, Bull. Joly 2000, p.736, JCP 2000, 2, 10241, concl. Petit, RTD Civ. 2000, 342, obs. Jourdain; voir aussi sur cet arrêt, B Dondero, *L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociales*, Note sous Cour de cassation (com.) 28 septembre 2010, FS-P+B+R+I, n° 09-66.255, Douin c/ Jarosz, Rev. soc. 2011, p. 97.

¹²¹⁶ Cass. com., 28 sept. 2010, JCP E 2010, 1177, note C. Benoît-Renaudin.

¹²¹⁷ B. Dondero, *L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociale*, note sous Cour de cassation (com.) 28 septembre 2010, FS-P+B+R+I, n° 09-66.255, Douin c/ Jarosz, Rev. soc. 2011, p. 97.

¹²¹⁸ Cass. crim. n° 09-88.627 - 15 mars 2011.

reconnaissance de culpabilité pénale du prévenu que ses fautes engageaient sa responsabilité personnelle, a violé les textes visés au moyen ; alors que la faute détachable du service est la faute d'une particulière gravité, commise volontairement et intentionnellement, sans rapport avec les nécessités de l'exercice des fonctions, qui procède d'un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique ; qu'en se bornant à relever que la faute imputée au prévenu ne pouvait se rattacher à un exercice normal des fonctions, l'arrêt attaqué n'a pas caractérisé la faute détachable du service de sorte qu'il est privé de toute base légale».

626. En résumé, l'exigence jurisprudentielle *contra legem* d'une faute détachable des fonctions sociales ne semble guère compatible avec la protection des créanciers des sociétés membres d'un groupe. Elle constitue un frein majeur au développement de la responsabilité de la société mère dirigeante à l'égard du tiers. Comme *M. Germain* l'a souligné, cette jurisprudence se prête à la critique « pour la raison qu'elle octroie aux dirigeants une immunité relative alors que l'art. L. 225-251 Co. énonce que les administrateurs et le directeur général sont responsables envers les tiers, sans exiger une qualification particulière de leur faute ». On constate néanmoins que le champ d'application de cette notion a été notablement élargi par la jurisprudence. La faute séparable des fonctions sociales peut aujourd'hui être imputée aux dirigeants agissant dans le respect de leurs attributions, encore qu'elle peut relever de la violation de l'objet social.

II- La faute civile consécutive à une infraction pénale

627. L'acte conclu par le dirigeant peut constituer une infraction pénale : un abus de biens sociaux, une contrefaçon, une fraude, une banqueroute, une concurrence déloyale, une présentation ou publication des comptes non-fidèles, etc. Selon le Code de procédure pénale, les tiers sont en droit de se constituer partie civile pour exercer leur action devant le tribunal répressif. Mais en application du deuxième article de ce Code, seul le préjudice personnel et direct causé par l'infraction permet de demander au juge répressif la réparation du dommage. Ainsi, si le préjudice invoqué par le tiers est dépourvu de tout caractère direct, l'action civile intentée contre le dirigeant ne peut être concevable. Par exemple, les associés d'une filiale ne peuvent réclamer à la société grand-mère la réparation d'un préjudice individuel consécutif à la dépréciation de leurs titres, causée par ses agissements délictueux dommageables au groupe. Cette dépréciation ne résulte pas directement des actes frauduleux de la société grand-mère, mais plutôt des conséquences de ces actes sur le

patrimoine de la filiale, consistant en l'aggravation du passif social¹²¹⁹. De même, selon la Cour de cassation, un comité d'entreprise¹²²⁰ ou un syndicat¹²²¹ ne peut se constituer partie civile pour demander aux dirigeants la réparation du dommage causé par leur faute pénale.

628. Dès lors, on se demande donc dans quelle mesure le préjudice peut être considéré comme direct. La réponse à cette question revêt pour les créanciers de la filiale un intérêt particulier, car la jurisprudence pénale ne retient pas la distinction entre la faute détachable et la faute de gestion en matière pénale¹²²². Lorsqu'elle constate l'absence du caractère direct du préjudice invoqué, elle invite seulement les demandeurs à présenter leur action à la juridiction civile qui doit opérer une recherche sur cette question.

Toutefois, les infractions qui peuvent être imputées à la société mère dirigeante ou gérante sont variées selon leur nature : certaines constituent une violation commise contre la société filiale elle-même, attributive des dommages subis par le tiers ; d'autres sont préjudiciables aux tiers directement.

A- Infractions commises par la société mère contre sa filiale

629. Une société mère peut commettre dans la direction de sa filiale deux types d'infractions : pécuniaires et non-pécuniaires. Des violations légales ou statutaires portent leurs effets préjudiciables directement sur le patrimoine social de la filiale. La société mère entend en l'occurrence privilégier son intérêt personnel ou celui du groupe au détriment de l'intérêt social de sa filiale. Le délit le plus souvent constaté en matière de groupe de sociétés est celui d'abus de biens sociaux, de crédit ou de pouvoirs. Comme nous l'avons expliqué dans le premier titre, l'abus de biens sociaux s'entend de l'emploi par le dirigeant du patrimoine social pour satisfaire des intérêts personnels contraires à l'intérêt social. Comme ce délit peut être imputé à une société mère dirigeante, la question est de savoir si les créanciers de cette filiale peuvent se constituer partie civile pour réclamer à la société mère la réparation de leur dommage.

La réponse ne semble pas rencontrer l'unanimité dans la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation a recherché différentes solutions en fonction de la position que les

1219 Voir en ce sens : *G-A. Likillimba, Le préjudice individuel ou collectif en droit des groupements*, 16 mars 2009, *RTD com.* 2009, p.1.

1220 *Cass. crim.* 4 nov. 1988: *Bull. crim.*, n°373.

1221 *Cass. crim.* 23 févr. 2005: *RJDA*, 8-9/05, n°992.

¹²²² *Cass. crim.* 14 oct. 1991, *Rev. Soc.* 1992, p.782, note Bouloc; 14 déc. 1999, *Consorts Mitterand*, *Bull. Joly* 2000, p.736, *JCP* 2000, 2, 10241, concl. Petit, *RTD Civ.* 2000, 342, obs. Jourdain ; voir aussi, *B Dondero, L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociales*, op. cit., p. 97.

créanciers occupent à l'égard de la société victime d'abus. Dans un arrêt daté du 6 février 1996, elle¹²²³ a clairement admis la constitution de partie civile de l'actionnaire d'une société mère à l'encontre des dirigeants d'une filiale, poursuivis pour abus de biens sociaux commis au préjudice de la filiale. Les actionnaires de la société mère ne sont pas actionnaires ou associés dans la filiale, mais plutôt créanciers par leurs investissements indirects dans son capital. Malgré cela, la Cour de cassation a considéré que le préjudice ressenti par eux, consistant en leurs pertes dans la filiale, est directement constitutif de l'infraction d'abus de biens sociaux commise par les dirigeants de cette dernière.

630. En revanche, la même Cour dénia dans d'autres décisions aux créanciers le droit de se constituer partie civile contre des dirigeants ayant commis le délit d'abus de biens sociaux, considérant leur préjudice comme indirectement issu de ce délit. Dans un arrêt rendu le 28 février 2006, elle¹²²⁴ a approuvé une Cour d'appel pour avoir rejeté une demande de constitution de partie civile présentée par l'État contre les dirigeants d'une société commettant le délit d'abus, à qui celui-ci a versé des aides, puisque le préjudice ressenti par ce dernier n'est pas à l'origine direct du délit commis. La Cour a ainsi déclaré que « ne peut qu'être indirect le préjudice causé à l'État ayant versé des aides à une société dont les dirigeants sont poursuivis pour avoir abusé des biens de ladite société. L'agent judiciaire du Trésor ne figure pas au nombre des personnes que l'article L. 654-17 du Code de commerce autorise seules à se constituer partie civile du chef de banqueroute. La chambre de l'instruction justifie dès lors sa décision qui confirme l'ordonnance du juge d'instruction ayant déclaré irrecevable la constitution de partie civile de l'agent judiciaire du Trésor dans une information ouverte des chefs précités ». Dans une autre affaire plus ancienne¹²²⁵, la même Cour a énoncé que « le délit d'abus de biens sociaux - comme le délit de banqueroute - n'est susceptible de causer aux créanciers qu'un préjudice qui, à le supposer établi, est indirect et donc la réparation ne peut dès lors être demandée qu'aux juridictions civiles ».

631. L'enjeu de cette décision consiste en ce qu'elle renvoie les créanciers partie civile à la juridiction civile. Or celle-ci exige, comme nous l'avons constaté, que le délit commis par le dirigeant soit constitutif d'une faute détachable des fonctions sociales : les créanciers d'une filiale victime encourent le risque de se voir débouter de leur demande si la

¹²²³ Cass. crim. 6 févr. 1996 : JCP E 1996, II, 837, obs. J-F. Renucci et O. Meyer.

¹²²⁴ Cass. crim. 05-83.461 - 28 févr. 2006, Bull. crim. 2006 N° 55 p. 213.

¹²²⁵ Cass. crim., n°93-83.933, 30 mai 1994.

juridiction civile estime que la faute reprochée à la société mère dirigeante n'a pas de caractère détachable des fonctions sociales.

B- Infractions commises par la société mère contre les tiers

632. Ces infractions, plutôt d'ordre non pécuniaires, font sentir leurs effets néfastes directement à l'encontre des tiers, soit parce qu'elles donnent une image irréaliste de la situation financière de la filiale, soit parce qu'elles heurtent les droits ou les intérêts légitimes des tiers. La responsabilité pénale de la société mère dirigeante dans les deux hypothèses engendre la responsabilité civile de cette société à l'égard des tiers victimes. Elle résulte de toute infraction induisant ses conséquences directement sur les tiers victimes et non seulement sur la filiale. Le dommage que ceux-ci ressentent ne découle donc pas des conséquences de l'agissement actif ou passif du dirigeant, mais *a fortiori* de cet agissement lui-même.

633. L'exemple le plus connu porte sur le délit de présentation ou publication de comptes infidèles. Nombreux sont les créanciers qui peuvent être affectés par ces comportements, ainsi : le repreneur de la filiale ou l'acquéreur des titres en général, les fournisseurs, l'assureur, le cédant de technologie, les banques prêteuses et, plus généralement, les clients. Pour le repreneur de la filiale, devenu actionnaire majoritaire, le préjudice qu'il subit ne provient pas de la mauvaise situation financière de la filiale, mais *a priori* de l'action consistant à donner des fausses informations sur le patrimoine social¹²²⁶. Idem pour le fournisseur de matières premières qui s'engage à l'encontre de la filiale en faisant confiance aux faux bilans présentés et publiés par la société mère dirigeante. Dans un arrêt récent¹²²⁷, la Cour de cassation a reproché à la Cour d'appel de Bordeaux d'avoir déclaré irrecevable la constitution de partie civile d'une société (*Bretèche Ouest*) contre deux dirigeants d'une autre société (*Groupe X...*) du chef de présentation de faux bilans. La première s'est engagée à fournir à cette dernière des carburants et des lubrifiants pendant l'année 2004 et jusqu'au 1^{er} trimestre 2005, en exécution d'une convention du 1^{er} septembre 2001. Selon le Cour de Bordeaux : « ce n'est pas la présentation des faux bilans positifs qui a déterminé la société *Bretèche Ouest* à continuer à livrer du carburant à la société *Groupe*

1226 Voir, B. Bouloc, *Comptes infidèles, informations fausses, informations privilégiées et action civile, note sous cassation (crim.)*, 29 nov. 2000, *Rev. soc.* 2001, p.380 : « En l'absence de dispositions particulières, il est certain que le délit de présentation ou de publication d'un bilan non fidèle peut ouvrir droit à réparation pour tous ceux qui établiront avoir subi un préjudice de cette publication ou présentation. Il leur suffira de démontrer qu'ils ont agi en raison de la publication du bilan. Ainsi, celui qui acquiert des titres par suite des bons résultats affichés peut chercher à obtenir réparation ».

1227 Cass. crim. 16 juin 2011, n°10-81.744.

X... (en cause) distribution, puisqu'étant depuis de longues années en relation d'affaires avec elle, elle connaissait des difficultés de trésorerie, difficultés grandissantes contre lesquelles elle croyait se prémunir par la conclusions de divers accords ci-dessus rappelés ; qu'en conséquence, le jugement déferé sera réformé de ce chef et la société *Bretèche* sera déboutée des demandes de condamnation solidaire qu'elle formulait contre les consorts X... pris en leur qualité d'auteur et complice de cette présentation de faux bilans ».

634. Cela signifie que la Cour d'appel a considéré que le délit de falsification des bilans sociaux commis par les dirigeants n'était pas à l'origine du dommage ressenti par la société *Bretèche Ouest*. Ce dommage était *a priori* engendré par la décision de celle-ci de contracter avec une société qu'elle savait en difficulté financière. Or, la Cour de cassation a désapprouvé ces raisonnements car, en vertu de l'article 2 du Code de procédure pénale, l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit, une contravention appartient à ceux qui ont personnellement souffert du dommage direct causé par l'infraction. Selon elle, le délit de falsification des bilans d'une société provoque un préjudice direct à un créancier dans le cas où celui-ci n'aurait pas contracté avec ladite société s'il avait connu sa véritable situation financière. Ainsi, déclare-t-elle en ce sens que « la partie civile est recevable à agir pour tous les chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux qui découleraient des faits objets de la poursuite ; qu'en confiant à l'expert le soin de chiffrer le montant des créances fictives et le préjudice résiduel, la cour d'appel qui ne permet pas à l'expert de se prononcer sur le fait que les fausses factures ont pu conduire la société *Bretèche* à continuer ses relations contractuelles, malgré une situation obérée de la société qui lui avait été dissimulée, la cour d'appel méconnaît l'article 3 du code de procédure pénale ».

Cette solution semble applicable de la même manière à la présentation et à la publication de comptes consolidés mensongers. En effet, comme nous l'avons vu plus haut¹²²⁸, l'article L. 233-16 du Code de commerce français impose aux sociétés commerciales qui contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises, ou qui exercent une influence notable sur celles-ci, une obligation d'établissement et de publication des comptes consolidés¹²²⁹. Le droit libyen lui-aussi régit

1228 Voir, n° 55.

1229 La technique de la consolidation est apparue à la fin du XIX^{ème} siècle aux Etats-Unis. Elle est devenue obligatoire pour les sociétés cotées au *NYSE* (*NEW YORK STOCK EXCHANGE*) après la crise financière de 1929. Ce système permet en pratique d'avoir une image globale d'un groupe de sociétés, laquelle donne vocation à celui-ci à présenter à ses actionnaires des comptes sincères fondés sur des données financières

brièvement ce devoir par l'article 240 du Code de commerce relatif à la société holding. Il impose au conseil d'administration de celle-ci l'obligation d'établir chaque année un bilan consolidé ainsi qu'un rapport sur les bénéfices, les pertes et les flux financiers afférents à cette société et ses filiales afin de les ratifier par l'assemblée générale ordinaire. L'enjeu en est de garantir la transparence dans les sociétés contrôlées et contrôleuses et de faire preuve de la situation économique et financière réelle de ces sociétés, situation qui ne peut être considérée saine qu'au regard de la position économique et financière du groupe en entier.

Il est envisageable que les membres du directoire, du conseil d'administration ou les gérants de la société mère présentent et publient des comptes consolidés inexacts (faux ou trompeurs) sur la situation financière des sociétés du groupe. Aux termes de l'article L. 247-1-II du Code de commerce français « sont punis d'une amende de 9000 € le fait pour les présidents, les membres du directoire, du conseil d'administration ou les gérants des sociétés tenus d'établir des comptes consolidés, qui ne les auront pas établis ou adressés aux actionnaires ou associés ». Selon *M. Cozian* et ses coauteurs¹²³⁰, l'infraction de publication ou de présentation de comptes infidèles ne s'applique pas aux comptes consolidés, « mais la présentation de comptes consolidés mensongers peut déboucher sur une condamnation pour escroquerie ; de plus, lorsqu'il s'agit de sociétés cotées, le délit de fausse information peut s'appliquer à de tels mensonges comptables».

635. Peu importe le texte pénal applicable, la juridiction du fond et la Cour de cassation reconnaissent aux créanciers des sociétés membres d'un groupe le droit de se constituer partie civile contre les dirigeants contrevenant à l'obligation de présentation et publication de comptes consolidés. Dans un arrêt rendu le 29 novembre 2000, la Cour de cassation¹²³¹ s'est prononcée sur des agissements accomplis entre 1988 et 1992, au sein d'un établissement de crédit spécialisé dans des opérations concernant l'immobilier. Cet établissement a connu de graves difficultés en liaison avec la crise de ce secteur au moment de la première guerre du Golfe. Afin de ne pas montrer une situation trop catastrophique, les comptes d'une filiale n'ont pas fait apparaître de provisions, ce qui a faussé le bilan de

intégrées. Ce système entra en droit français en 1966 par l'article 229 de la loi n° 537 qui confère aux commissaires aux comptes de la société mère le droit de contrôler les bilans et les comptes réalisés par les conseils d'administrations des sociétés filiales.

Toutefois, consolider les comptes consiste à inclure tout ou partie de l'actif et du passif des filiales «sociétés consolidées» dans les comptes de la société mère « en tête du groupe». Les comptes consolidés font apparaître le patrimoine, la situation financière et les résultats de l'ensemble consolidé comme s'il s'agissait d'une seule entreprise. Voir *S-T Mercier, La consolidation, édition des CCI de Wallonie s.a. 2005 p.8.*

1230 Voir *M. Cozian et alter, op. cit., n°1502, p.765.*

1231 *Cass. crim. 29 nov. 2000, note. B. Bouloc, Rev. soc. 2000, p.380.*

cette société mais aussi celui de la société mère. Ainsi, les juges du fond avaient retenu le délit de présentation et de publication de comptes infidèles contre le président de la filiale et contre le président de l'établissement financier spécialisé. Ils avaient par conséquent accordé aux différentes parties civiles, qui avaient acquis des actions sur la base d'indications erronées, le droit de se retourner contre ces deux présidents afin d'obtenir des réparations des dommages qu'elles ont subis en raison de cette infraction¹²³². En ce sens la Cour a réaffirmé « qu'en évaluant comme elle l'a fait la réparation du préjudice résultant directement pour les actionnaires du CDE (la société-mère) des faits de présentation ou publication de comptes infidèles et de complicité, dont elle a déclaré J.-J. Pi... (Président du CDE) et M. Ré... respectivement coupables, la Cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation, dans la limite des conclusions des parties, de l'indemnité propre à réparer le dommage né de l'infraction »

En d'autres termes, les juges du fond, soutenus par la Cour de cassation, ont considéré le préjudice ressenti par les parties civiles comme directement dû à l'infraction de présentation et publication de comptes consolidés infidèles. Cette jurisprudence présente un intérêt évident pour les créanciers des sociétés membres des groupes, car ceux-ci évitent d'intenter leur action devant la juridiction civile et d'encourir du coup le risque de qualifier l'infraction commise par les dirigeants de «faute détachable des fonctions sociales».

636. Par ailleurs, il peut arriver dans le cadre de groupes que la société mère dirigeante de sa filiale procède à la délégation de ses attributions à une autre personne. La jurisprudence française est depuis longtemps favorable à l'exonération du dirigeant déléguant de sa responsabilité pénale¹²³³. Mais la délégation de pouvoir n'exclut pas la responsabilité civile de celui-ci, qui reste engagée si une faute détachable des fonctions sociales a été constatée à l'encontre du dirigeant délégué. Une société-mère dirigeante qui confie à ses salariés ou dirigeants une délégation de pouvoir en vue d'exercer la direction de ses filiales françaises ou étrangères n'est pas en mesure de se prévaloir de son exonération pénale pour échapper à la responsabilité civile. Mais pour saisir cette responsabilité, le créancier victime d'une faute commise par le délégataire doit établir que

1232 Voir le commentaire de cette affaire : B. Bouloc, *Comptes infidèles, informations fausses, informations privilégiées et action civile*, note sous cassation (crim.), 29 nov. 2000, *Rev. soc.* 2001, p.380.

1233 L'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 11 mars 1993 énonce : « Sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires. »

cette faute est séparable de l'exercice des fonctions sociales du délégataire ; condition qu'on ne trouve pas lorsqu'il s'agit d'une filiale soumise à une procédure collective.

Sous-section II : La société-mère dirigeante d'une filiale en difficulté

637. En droit français, la filiale en difficulté s'entend de celle mise en liquidation judiciaire. Depuis l'ordonnance du 18 septembre 2008, les dirigeants ne peuvent être poursuivis en comblement de passif qu'en cas de liquidation judiciaire prononcée à l'encontre de la société qui ferait apparaître une insuffisance d'actif (C. com. art. L.651-2)¹²³⁴. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement pendant la période d'observation, ne permet pas d'intenter cette action¹²³⁵. La liquidation de la filiale peut désormais déboucher pour les dirigeants sur deux types de responsabilité : l'un est dû à l'action en comblement de passif et l'autre provient du régime de la faillite personnelle¹²³⁶.

638. Cependant, la société en difficulté, objet de l'action en comblement de passif, traduit en droit libyen deux notions : une société dont l'actif disponible ne recouvre pas le passif exigible et une société mise en faillite. Selon l'article 185 du Code de commerce, relatif à la responsabilité des dirigeants de la société anonyme en difficulté, dispose que « le président et les membres du conseil d'administration sont tenus pour responsables à l'égard des créanciers de la société, de toute inobservation de leurs devoirs relatifs à la

¹²³⁴ Ph. Roussel Galle, *Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ?*, Rev. proc. coll. n°3, mai 2012, dossier 17 : « L'action en comblement de passif est devenue l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, mais depuis 2008 elle n'est plus applicable en cas de résolution du plan mais seulement en liquidation judiciaire. La portée de cette innovation doit toutefois être nuancée puisque bien souvent la résolution du plan aboutit à la liquidation judiciaire. De même, depuis 2008, le tribunal ne peut plus décider de mettre à la charge du dirigeant les dettes de la personne morale mais seulement l'insuffisance d'actif. Là encore, sans minimiser la portée de cette modification, elle doit être nuancée puisque généralement les condamnations ne dépassaient pas le montant de l'insuffisance d'actif ».

¹²³⁵ « Depuis la loi n°2012, du 22 mars 2012, un nouvel article L. 631-10,1, créé par la loi du 22 mars 2012 autorise l'administrateur ou le mandataire judiciaire à introduire à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait de la société en redressement judiciaire une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur pour ensuite solliciter une mesure conservatoire sur les biens de ceux-ci. Les mesures ordonnées lors de la procédure de redressement peuvent être maintenues si la procédure de redressement est convertie en procédure de liquidation (C. com, art. L. 651-4, al.2) ». J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, sous la direction de Ph. Roussel Galle, LexisNexis, 2012, droit 360°, n°1671, p.753. L'article L. 631-10,1 du Code de commerce prévoit qu'« À la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur ».

¹²³⁶ Voir encore, *JurisClasseur Commercial* > Fasc. 3160 : sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Associations > I. - Règles communes à toutes les associations > B. - Effets de la procédure sur les membres de l'association > 2° Élargissement des sanctions réservées aux dirigeants d'association : « L'action en comblement d'insuffisance d'actif, baptisée en 2005 action en responsabilité pour insuffisance d'actif, exige une triple preuve : celle de l'insuffisance d'actif, celle d'une faute de gestion et enfin celle d'un lien de causalité ».

sauvegarde de l'intégralité de l'actif social. Les créanciers ont le droit d'intenter une action en responsabilité lorsque l'actif social disponible est inférieur au passif exigible ou si la société est en faillite. Dans ce dernier cas, l'action doit être présentée par le liquidateur judiciaire. Les créanciers maintiennent leur droit d'actionner le président et les membres du conseil d'administration même si la société les a exonérés de responsabilité ou s'est arrangée avec eux». De plus, selon l'article 20 du même Code, applicable à toutes les sociétés civiles et commerciales, «si l'insuffisance d'actifs résulte des lourdes fautes de gestion, les dirigeants répondent des dettes sociales en totalité ou en partie, chacun selon sa participation dans ces fautes ». Ce texte n'exige pas pour poursuivre les dirigeants sociaux ayant commis une faute de gestion, que la société soit en faillite ou soumise à une procédure quelconque.

De ce fait, il convient d'étudier dans un premier temps l'action en comblement de passif, et d'aborder par la suite la faillite personnelle des dirigeants, liée en droit français à l'ouverture d'une procédure collective de liquidation.

I- L'action en comblement de passif

639. Les dirigeants de la filiale ne peuvent être tenus en comblement du passif de cette dernière que s'ils ont commis des fautes de gestion attributives d'une insuffisance d'actif (C. com. fr. art. L.651-2, al.1¹²³⁷) et (C. com. lib. art. 20 et 185). Ce moyen de recours constitue en effet une action en responsabilité civile qui, selon la jurisprudence en vigueur, ne peut pas se cumuler avec une action en responsabilité civile de droit commun¹²³⁸. Il en résulte qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective seule cette action peut être engagée, mais non pas celle fondée sur l'article L. 225-251 du Code de commerce¹²³⁹.

Toutefois, trois conditions doivent être remplies pour la mise en cause des dirigeants sociaux, à savoir : une faute de gestion, un préjudice dû à l'insuffisance d'actif de la filiale et un lien de causalité entre ces deux éléments. Une fois ces conditions réunies, les dirigeants doivent subir les différentes conséquences liées à l'action en comblement de

¹²³⁷ Cass. com. 10-28.067, 10 janv. 2012 : « la responsabilité des dirigeants en raison de l'insuffisance d'actif d'une société n'est pas présumée et ne peut être engagée que si le demandeur rapporte la preuve d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif ».

¹²³⁸ Rép. min. n° 25638 : JO Sénat Q, 6 févr. 1986, p. 223 ; Rapp. Hyest, Sénat, n° 335, p. 439 ; Rapp. de Roux, Assemblée nationale, n° 2095, p. 428.

¹²³⁹ Voir en ce sens : Cass. com. 28 févr. 1995 : Bull. civ. 1995, IV, n° 60, p. 57 ; JCP E 1995, I 487, n° 15, obs. M. Cabrillac et P. Pétel ; D. 1995, jurispr. p. 390, note F. Derrida. - Cass. com. 11 avr. 1995 : Bull. Joly 1995, p. 684. - J.-J. Daigre, Une évolution jurisprudentielle bienvenue : Bull. Joly 1995, p. 953. - B. Soinne, La responsabilité des dirigeants d'une personne morale en cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire : une évolution préoccupante : LPA 2 août 1995, p. 10.

passif.

A- Les conditions de l'action en comblement de passif

640. Pour pouvoir assigner les dirigeants de la filiale en liquidation judiciaire par l'action en comblement de passif, le créancier de celle-ci doit établir les éléments constitutifs de leur responsabilité civile, à savoir : la commission d'une faute de gestion contribuant à l'insuffisance d'actif de la filiale.

1- La faute de gestion commise par la société mère dirigeante

641. La faute de gestion entendue en matière d'action en comblement de passif se distingue de la faute détachable des fonctions sociales précédemment étudiée. La différence provient en effet tant de la situation économique et financière de la filiale dirigée que des circonstances dans lesquelles ces dirigeants exercent leurs fonctions de gestion. Alors que la jurisprudence voulait depuis longtemps protéger les dirigeants des sociétés *in bonis* afin de leur procurer une certaine marge de liberté dans l'exercice de leurs fonctions, elle a appréhendé la notion de faute de gestion d'une manière suffisamment souple lorsqu'il s'agit d'une société en difficulté. Elle n'exige pas en l'occurrence que la faute commise soit intentionnelle ou d'une gravité particulière, mais tout manquement à la direction normale de la société, même légère, peut justifier l'action en comblement de passif.

642. Une question complexe préalable relève néanmoins de la notion de faute de gestion que les législateurs français et libyen n'ont pas donné précision, même s'ils l'ont retenue pour sa signification générale (C. com. fr. art L 651-2). Dans cette absence de définition, on s'interroge sur deux points : la notion de faute de gestion dans la doctrine et la jurisprudence, et la preuve de cette faute.

a) La notion de faute de gestion

643. Les dirigeants ont pour obligation de gérer la société de façon compétente, diligente et dans le respect de l'intérêt social, en écartant tout intérêt personnel. Toute faute même légère, toute imprudence ou négligence peut entraîner la mise en cause de leur responsabilité¹²⁴⁰. Les interprétations de la jurisprudence permettent de relever que la faute

¹²⁴⁰ Voir J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, sous la direction de P. Roussel Galle, LexisNexis, 2012, droit 360°, n°1671, p.753 : « lors des travaux préparatoires de la loi de 1985, le Sénat avait proposé de ne retenir que la faute grave du dirigeant. Mais cet amendement a été repoussé. On peut en déduire que toute faute constitue une faute de gestion, y compris la faute

de gestion est constituée par toute action ou omission commise par un dirigeant d'une société, qui peut s'analyser comme une erreur dans la direction de cette société, une imprudence, une négligence ou une transgression des obligations légales ou des dispositions statutaires¹²⁴¹. La faute de gestion peut dès lors se ramener à une simple négligence de l'intérêt social en faveur de celui personnel des dirigeants ou de celui particulier d'autres sociétés membres du groupe. La justification du délit d'abus de biens sociaux par la notion d'intérêt de groupe n'exonère pas les dirigeants d'une société membre de ce groupe de leur responsabilité civile. Une société mère administratrice ou gérante de sa filiale ne saurait pas échapper à l'action en comblement de passif même si elle prouve que son comportement était motivé par la sauvegarde du groupe. Ainsi, ont été condamnés au comblement de passif, le président du conseil d'administration et trois administrateurs d'une filiale SA d'une holding qui, également administrateurs de la holding, ont fait prévaloir l'intérêt d'une autre société du groupe sur celui de la SA¹²⁴². De même, ont été jugés fautifs les dirigeants d'une filiale (SA) qui étaient imprudents dans leur gestion et qui poursuivaient le développement de cette SA en particulier par le biais de prêts octroyés aux autres sociétés du groupe, dont certains paraissaient non causés¹²⁴³. Une société mère a été également condamnée à combler le passif de sa filiale car elle avait fait interrompre la fabrication du principal produit de cette dernière sans prévoir de produit de substitution, tout en lui apportant un soutien financier massif¹²⁴⁴.

644. A ce propos, on se demande si l'existence d'une convention de trésorerie entre les différentes sociétés du groupe permet aux dirigeants d'une filiale de passer des actes de trésorerie au profit de sa mère ou d'autres sociétés du groupe¹²⁴⁵. En d'autres mots, peut-on caractériser l'existence d'une faute de gestion commise par les dirigeants d'une filiale durant l'exécution des conventions de trésorerie, ayant emporté l'insuffisance d'actif de cette filiale ?

d'imprudence, au moins en théorie » ; voir aussi, C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 6e éd. 2009, n°1265.

¹²⁴¹ Voir à titre d'exemple : Cass. com., 27 avr. 1993 : JCP G 1993, I, 3704, obs. P. Pétel ; Cass. com., 11 juin 1996 : Quot. jur. 9 juill. 1996, p. 12 ; Cass. com., 8 oct. 1996 : JCP E 1996, pan. 1212 ; Cass. com. 28 juin 1994, n° 92-17.031 ; Cass. com., 13 nov. 1990 : Bull. civ. 1990, IV, n° 276, p. 193).

¹²⁴² CA Paris, 28-6-1988, Sté Frankel SA c/ Bouteil, inédit.

¹²⁴³ T. com. Paris, 15-9-1992, Chevrier c/Tuffier, inédit.

¹²⁴⁴ CA Paris, 23-5-1997 : RJDA 10/97 n°1277. Voir aussi CA Versailles - ch. 13 - 11/02911 - 05 janv. 2012 : « l'insuffisance d'actif constaté au mois d'octobre 2006 provient en réalité des fautes de gestion de Monsieur C. qui n'a pas apporté les fonds nécessaires au besoin en fonds de roulement, et qui au contraire a utilisé les ressources de la société pour satisfaire au remboursement de ses dettes personnelles ».

¹²⁴⁵ Voir la notion de conventions de trésorerie, supra n° 104.

La réponse à cette question doit certes être affirmative. En effet, les dirigeants d'une société affiliée ou non d'un groupe, ne peuvent se détacher complètement de son intérêt. En conséquence, dans l'hypothèse d'une convention de trésorerie, la faute de gestion de ces dirigeants sera démontrée toutes les fois que leur décision d'engager la société par des actes de trésorerie a entraîné l'insuffisance de l'actif social, alors qu'ils auraient pu prévoir une telle conséquence auparavant. Il n'est nullement suffisant de démontrer le cas échéant que la décision est motivée par l'intérêt supérieur du groupe dont la société filiale en cause fait partie, de même qu'il est ardu de justifier cette décision par le fait qu'elle fût prise dans la perspective d'un avantage intragroupe au profit de cette société. Comme un auteur a pu l'expliquer¹²⁴⁶, « le fait que le sacrifice financier consenti par la société débitrice, au profit d'autres sociétés du groupe, entraîne une insuffisance d'actif l'ayant menée à la cessation des paiements interdit en effet de tenir compte d'éventuels avantages intragroupes à son profit dès lors que leur réalisation aurait été en tout état de cause insuffisante ou trop tardive pour contribuer au redressement de sa situation financière¹²⁴⁷ ».

645. Par ailleurs, constitue également une faute de gestion susceptible d'entraîner la responsabilité civile des dirigeants d'une filiale, la violation de l'objet social ou le changement d'activité de cette filiale en poursuivant une activité déficitaire. En effet, il n'est pas exclu qu'une telle violation ou un tel changement soit à l'origine d'une cessation des paiements, consécutive à la nouvelle activité non-lucrative ou à des poursuites judiciaires des fournisseurs ou des assureurs liés à l'ancienne activité. La Cour de cassation s'est prononcée sur une action en comblement de passif intentée contre un gérant d'une filiale qui avait poursuivi une activité déficitaire et ruineuse contributive à l'impécuniosité de celle-ci. Celui-ci, afin d'éviter l'installation d'un concurrent à proximité de ses établissements, avait fait reprendre par la filiale l'exploitation d'un fonds de commerce déficitaire dont l'activité était identique à celle d'une autre société du groupe et qui « en poursuivant volontairement en toute connaissance de cause de l'activité déficitaire, a appauvri la société déjà exsangue, qui s'était ainsi vue imposer, au profit de la seconde

¹²⁴⁶ A. Bienvenue, *op. cit.*, n°579, p. 486.

¹²⁴⁷ Voir aussi, *CA Paris*, 15 nov. 2007, n°07-01.145 ; *Rev. proc. coll.*, 2008, n°87, note A. Martin-Serf. En l'espèce les dirigeants de la société mère sont reconnus responsables pour avoir affecté les fonds de cette dernière au financement sans contrepartie d'une filiale américaine alors qu'elle ne disposait pas des ressources pour rembourser un jour la société mère. « La faute pourrait être imputée au dirigeant de la société centralisatrice du groupe si celle-ci accorde plus de prêt que sa situation financière ne lui permet (cf. A. Bienvenu, *op. cit.*, sous-note1942, p.486) ».

société, une charge sans contrepartie qui excédait ses possibilités financières ». La Cour¹²⁴⁸ approuva donc, par son arrêt du 30 mars 1999, la condamnation du gérant au comblement de passif de la filiale. En Belgique, la Cour d'appel de Mons a, dans un arrêt (souvent commenté) du 20 mai 1985, déclaré que « l'administrateur de société prudent et avisé ne peut se désintéresser des conséquences dommageables qui résulteront pour les créanciers de la poursuite d'une activité alors que tout espoir de redressement est perdu et que l'obstination ne peut conduire qu'à amplifier les pertes. S'il apparaît que suivant les prévisions raisonnables, l'entreprise n'a que des chances très réduites de sortir de ses difficultés, le conseil d'administration, commet une faute en poursuivant les activités ». La Cour de cassation française¹²⁴⁹ a également décidé dans un arrêt rendu en juillet 2012 que « constitue une faute de gestion obligeant le dirigeant de la société débitrice de combler l'insuffisance d'actif consécutive, le fait de poursuivre une exploitation déficitaire tout en s'octroyant une rémunération excessive ». Dans cette affaire, la Cour de cassation a reproché à une Cour d'appel de ne pas avoir constaté la faute de gestion du dirigeant, bien que le liquidateur fût valoir que la société avait subi des pertes de 95 798€, et que ses capitaux propres étaient devenus négatifs, et que, malgré tout, le dirigeant avait poursuivi l'exploitation tout en s'allouant une rémunération de 3600 euros et avait perçu des loyers de 15 000 € en sa qualité de loueur de fonds.

646. De plus, la Cour d'appel de Dijon a estimé¹²⁵⁰ que la reprise d'une entreprise dans une situation financière critique constitue une faute de gestion « si le repreneur ne dispose d'aucune trésorerie ou concours bancaires lui permettant de prendre des mesures conduisant au rétablissement de la situation ». Les applications judiciaires sont très variées et multiples en la matière : plus récemment, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence¹²⁵¹ a considéré comme constitutif d'une faute de gestion à l'égard des gérants de droit d'une société le fait d'acquérir un véhicule onéreux (BMW) et inutile pour la société, de rembourser leurs comptes courants d'associés et d'embaucher deux nouveaux salariés à plein temps « alors que la société commençait à connaître des difficultés, sans que l'évolution du chiffre d'affaires en baisse sur l'année, ni le désengagement d'un futur associé en 2008, [ne le justifie] ». Ils ont par ces actes fautifs privé la société de liquidité et

1248 Cass. Com. 30-3-1999 : RJDA 6/99 n°704 ; voir encore : Cass. com. 09-11.487 - 13 avr. 2010.

1249 Cass.com. 10-17.624 - 03 juill. 2012.

1250 CA Dijon, ch. civ. B - 09/00038 - 15 déc. 2009.

1251 CA Aix-en-Provence, ch. 08 A-11/05970, 05 juill. 2012.

de la possibilité de rembourser ses créanciers. Selon la Cour d'appel de Lyon¹²⁵², peut également constituer une faute de gestion contribuant à l'insuffisance d'actif le fait par le dirigeant d'avoir poursuivi l'activité de la société pendant une année entière, en laissant *in fine* un passif global supérieur à 200 000 € sans aucun actif disponible.

647. Par ailleurs, l'immixtion du dirigeant dans les prérogatives reconnues aux autres organes peut être qualifiée de faute de gestion, et donner lieu à l'assignation de ce dernier en comblement d'actif. Comme nous l'avons évoqué plus haut, dans une société, la répartition des pouvoirs et la hiérarchisation des organes relèvent, selon la jurisprudence et la doctrine dominantes, de l'ordre public. La société mère qui s'implique dans l'administration de sa filiale n'a pas à empiéter sur les attributions réservées aux autres organes, notamment celles du directeur général ou du président du conseil d'administration, faute de quoi, elle risque de supporter l'insuffisance d'actif de sa filiale, encore qu'elle assume de *facto* la même qualité de ces derniers en raison de son ingérence dans leurs fonctions. Les créanciers de la filiale déficitaire disposent le cas échéant d'un choix important : ils peuvent intenter une action en comblement de passif, soit en invoquant la faute de gestion de la société mère administratrice, résidant dans l'inobservation du principe de l'organisation des pouvoirs, soit en s'appuyant sur la faute de gestion de celle-ci en sa qualification de dirigeante de fait.

648. En outre, les comportements constituant une faute de gestion peuvent relever pour les dirigeants de la filiale débitrice d'une simple omission : un défaut de surveillance de la direction sociale, une absence de comptabilité, un défaut d'apport financier, ou un défaut de dépôt de bilan dans les 45 jours suivant la cessation des paiements¹²⁵³. La jurisprudence reconnaît le principe selon lequel dans les sociétés anonymes, les administrateurs, même personnes morales¹²⁵⁴, sont responsables pour défaut de surveillance, des fautes commises dans la direction de la société, notamment le président directeur général. Ainsi, lorsque la société-mère exerce dans sa filiale une fonction d'administrateur, sa faute de gestion peut être établie si un défaut de surveillance du directeur général de cette dernière a été constaté

¹²⁵² CA. Lyon, ch. 03 A-10/08596, 17 févr. 2012.

¹²⁵³ Voir en ce sens, J-P. Legros, *Liquidation judiciaire, dr. soc. n°11*, nov. 2012, comm. 189 : « le débiteur en état de cessation des paiements a l'obligation de déposer son bilan dans les 45 jours à moins d'avoir sollicité l'ouverture d'une procédure de conciliation. À défaut, on pourrait reprocher au dirigeant de la filiale une faute de gestion ou demander à son encontre une mesure d'interdiction de gérer. La société-mère n'a pas le choix. ».

¹²⁵⁴ Cass. com. 17 mars 1995 : Bull. civ. IV, n°85.

à son encontre. Dans un arrêt rendu en mars 1997, la Cour de cassation¹²⁵⁵ a approuvé une Cour d'appel d'avoir relevé la faute de gestion d'une société administratrice d'une autre du fait que cette société administratrice n'ait pas exigé du président du conseil d'administration qu'il effectue la déclaration de cessation des paiements de l'entreprise, qui s'imposait en vue d'obtenir le bénéfice du redressement judiciaire. La Cour d'appel de Douai¹²⁵⁶ a déclaré en ce même sens que « l'absence de surveillance dans ses fonctions de Directeur Général de la comptabilité des entreprises du groupe constitue une faute de gestion, qui n'a pu qu'accroître le passif des sociétés puisque justement une vigilance de M. X... dans ce domaine aurait permis à celui-ci de détecter bien avant qu'il ne soit nommé Président du conseil d'administration les prélèvements excessifs ou indus opérés sur la trésorerie des différentes sociétés ».

649. De même, le défaut ou l'irrégularité de comptabilité sociale de la filiale peut constituer pour les dirigeants de celle-ci une faute de gestion liée à l'insuffisance d'actif social. La Cour d'appel de Versailles a récemment condamné des dirigeants d'une société anonyme pour avoir commis une faute de gestion consistant en la tenue d'une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière¹²⁵⁷. De plus, les dirigeants de la filiale sont condamnables pour avoir omis de déclarer la cessation des paiements du passif social dans le délai prévu par la loi, de même qu'ils le sont pour l'imprécision de cette date. Dans une affaire récente, un gérant d'une société mise en liquidation a été condamné à supporter le passif de cette société en raison de son omission de procéder à la déclaration de cessation des paiements dans le délai de rigueur. La Cour d'appel retient que cette abstention caractérise pour le dirigeant une faute de gestion susceptible de lui imputer la partie impayée du passif social. La Cour de cassation¹²⁵⁸ a cependant annulé la décision, mais sans pour autant critiquer le caractère fautif de l'absence de déclaration de la cessation des paiements. Elle a uniquement censuré l'imprécision de la date de cessation des paiements qui aurait dû être fixée et caractérisée par la Cour d'appel avec rigueur pour pouvoir calculer le délai légal du dépôt du bilan¹²⁵⁹. De même, dans une décision rendue le 10

1255 Cass. com. 95-10.995 - 25 mars 1997 - Bulletin 1997 IV N° 85 p.74.74

1256 CA Douai, 02/01433 - 03 avr. 2003.

1257 CA Versailles, ch. 13 - 11/05459 - 05 janv. 2012 ; CA Aix-en-Provence, ch. 08 A - 10/14857 - 04 oct. 2012 : « la tenue d'une comptabilité irrégulière constitue une faute de gestion ». Voir aussi CA Lyon ch. 03 A, 10/07838, 10 janv. 2013 : « L'absence de toute comptabilité ou de tenue d'une comptabilité fiable et régulière est constitutive d'une faute de gestion pouvant justifier une action en comblement de passif ».

¹²⁵⁸ Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-16.709, F-D : JurisData n° 2011-007761.

¹²⁵⁹ La Cour déclara en l'espèce : « Attendu que pour condamner M. X...(le gérant en cause) à supporter à concurrence de 60 000 euros l'insuffisance d'actif de la société, l'arrêt retient qu'il peut être légitimement reproché à M. X... d'avoir omis de procéder à la déclaration de cessation des paiements dans le délai de

janvier 2013, la Cour d'appel de Lyon a considéré comme constitutif d'une faute de gestion autonome susceptible de justifier à elle seule une action en comblement de passif « l'inobservation par les dirigeants sociaux des obligations fiscales et sociales de la société¹²⁶⁰ ».

650. Cependant, la Cour d'appel de Douai¹²⁶¹ a considéré que l'action de contrefaçon commise par un PDG d'une SA ne constituait pas une faute de gestion, car les demandeurs n'avaient pas fait la preuve que cette infraction avait procédé d'une décision de gestion prise par ce dernier. Selon elle, les faits de contrefaçon ne peuvent être qualifiés de fautes de gestion que s'ils résultent d'un fait positif caractérisant une faute personnelle du président directeur général. Il ne suffit pas que les intimés se bornent à « affirmer qu'il est évident que des faits de contrefaçon constituent une faute de gestion utilement imputable aux dirigeants de droit d'une SA et sans la preuve ni que la contrefaçon en cause procéderait à une décision de gestion prise par le dirigeant de la société M. ou par les administrateurs, ni même que ces derniers aient été personnellement informés de cette contrefaçon et qu'ils l'aient laissé commettre. Le liquidateur judiciaire n'oppose de même aucun élément à la position des appelantes selon lesquelles la contrefaçon présenterait en l'espèce un caractère accidentel et relèverait du risque industriel dans un secteur fortement concurrentiel. Les faits invoqués ne peuvent donc être considérés comme une faute de gestion au sens de l'article L. 624-3 ancien ».

Cette décision n'échappe pas à la critique, car le fait que la contrefaçon ne résulte pas de faits positifs du dirigeant n'est pas en soi suffisant pour écarter de cette infraction la qualification de faute de gestion. Le directeur général qui fait défaut au contrôle des salariés, ou les administrateurs qui manquent à la surveillance de ce dernier devraient être susceptibles d'engager leur responsabilité pour faute commise par omission.

rigueur ; attendu qu'en se déterminant ainsi, sans préciser la date exacte comme étant celle de la cessation des paiements ni caractériser, à cette date, l'impossibilité pour la société de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, la cour d'appel a privé sa décision de base légale », voir aussi le commentaire de cet arrêt, J-L. Legros, droit des sociétés n° 2, Février 2012, comm. 31. Dans une décision récente (Cass. com. 10-17.624 - 03 juill. 2012 », la Cour de cassation a considéré comme constitutif d'une faute de gestion à l'encontre du dirigeant social « le fait d'omettre d'inscrire au bilan comptable de la société une dette de condamnation constitutive d'un passif dès lors que cette omission permet au débiteur de reporter à une date ultérieure l'état de cessation des paiements dans lequel le débiteur se trouverait en tenant compte de cette dette ».

¹²⁶⁰ CA Lyon ch. 03 A, 10/07838, 10 janv. 2013.

¹²⁶¹ CA Douai - ch. 02 SECT. 02 - 10/05220 - 10 janv. 2012.

b) Preuve et contrôle judiciaire de la faute de gestion

651. Pour engager la responsabilité des dirigeants de la filiale en comblement du passif social, il est nécessaire de démontrer qu'ils ont commis une faute de gestion contribuant à l'insuffisance d'actif de cette dernière¹²⁶². Antérieurement à la loi du 25 janvier 1985, l'article 99 de la loi n°67-563 du 13 juillet 1967, qui régissait l'action en comblement de passif, établissait une présomption de faute de gestion à l'encontre des dirigeants de la société mise en faillite. Pour engager la responsabilité de ces derniers, il suffisait que les créanciers de la société prouvent sa défaillance au paiement de leurs créances¹²⁶³. Pour une société mère dirigeante, une présomption qui la contraignait consistait à apporter la preuve de sa bonne gestion, « ce qui était très difficile pour ne pas dire impossible¹²⁶⁴ ».

Cette présomption a disparu depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985. Les créanciers d'une filiale, demandeurs de l'action en comblement de passif, doivent désormais établir la preuve de la faute de gestion à l'encontre des dirigeants de cette dernière. Cette faute ne peut plus être simplement déduite de l'insuffisance d'actif de la filiale, mais celle-ci est requise pour obliger les dirigeants fautifs à combler le passif social. Dans un arrêt rendu le 10 janvier 2012, la Cour d'appel de Douai a déclaré qu'il appartient au demandeur de l'action en comblement de passif de rapporter successivement les preuves suivantes : preuve d'une insuffisance d'actif, preuve d'une faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance, preuve que les personnes ou leurs ayants droit contre lesquels l'action est engagée étaient bien dirigeants de la personne morale au moment où ces fautes de gestion ont été commises¹²⁶⁵.

2 - Le préjudice subi par les créanciers de la filiale

652. Le préjudice subi par les créanciers résulte de l'insuffisance d'actif, c'est-à-dire de

¹²⁶² J-P. Legros, *Action en comblement de passif : dirigeant ayant cessé ses fonctions*, dr. soc. n°1, janv. 2011, comm. 16 : « Conformément à une jurisprudence bien établie, la condamnation d'un dirigeant qui a cessé ses fonctions suppose que l'insuffisance d'actif soit établie au moment où il démissionne. Il en va ainsi lorsque la société est en état de cessation des paiements à la date de la démission et que les fonds propres sont négatifs : l'insuffisance d'actif est établie. Le fait qu'elle ne soit pas encore chiffrée est sans importance : peu importe son montant exact du moment qu'elle est certaine. ». (Voir, Cass. com., 6 oct. 2009, n° 06-15.141, Bibi Roubi c/ Mandin : Bull. Joly Sociétés 2010, [§ 56], p. 249, note P. Rubellin ; RJDA 2010/3, n° 273, p. 274. – Cass. com., 14 oct. 2008, n° 07-19.000, F-D, Estrade c/ Villa : Juris-Data n° 2008-045428 ; Dr. sociétés 2008, comm. 249 ; Gaz. Pal. 2009, 1^{se} sem. somm. p. 673, obs. T. Montéran. – Cass. com., 12 juill. 2004, n° 02-17.111, Rogeau, c/ Kreutz, dirigeant d'un groupe de sociétés).

¹²⁶³ Voir J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°1670, p.752.

¹²⁶⁴ T. Gautier, op. cit., n°757, p.471 ; E. Obadia et Y. Sexer, *La responsabilité des dirigeants sociaux et l'article 180 de la loi 25 janv. 1985*, Bull. Joly 1994, n°175, p.617.

¹²⁶⁵ CA Douai - ch. 02 SECT. 02 - 10/05220 - 10 janv. 2012.

tout dommage matériel subi par les créanciers de la société débitrice dont le patrimoine est insuffisant à les désintéresser¹²⁶⁶. La Cour d'appel de Rennes a affirmé dans un arrêt rendu le 14 septembre 2010¹²⁶⁷ « qu'il y a insuffisance d'actif dès lors que le passif est supérieur à l'actif et sans qu'il soit nécessaire de réunir les conditions de la clôture pour insuffisance d'actif ni, *a fortiori*, que cette clôture ait été prononcée ». Autrement dit, J-P. Legros l'a précisé, « l'insuffisance d'actif se perçoit comme une absence totale d'actif qui rend impossible la poursuite des opérations de liquidation¹²⁶⁸ ».

653. Par ailleurs, il suffit en droit libyen que le patrimoine social avère une insuffisance d'actif, sans tenir compte que la société débitrice soit ou non en liquidation judiciaire. Les articles 20 et 185 du Code de commerce n'exigent en effet que l'existence d'une faute de gestion contributive à l'insuffisance d'actif. Dans une filiale en difficulté, qu'elle soit ou non en liquidation judiciaire, les dirigeants sont obligés au comblement de passif si leur faute est à l'origine de sa cessation des paiements.

654. Du reste, c'était la même règle en droit français jusqu'à la réforme de 2008, introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Depuis la loi n°85-98 du 25 janvier 1985, l'action en comblement de passif s'appliquait indifféremment à la société en liquidation et à celle en redressement judiciaire. Depuis cette réforme, le dirigeant ne peut être poursuivi en comblement de passif qu'en cas de liquidation judiciaire de la société, faisant apparaître une insuffisance d'actif (C. com. art. L.651-2, modifié). Les dirigeants d'une filiale ne peuvent, d'ores et déjà, être poursuivis du seul fait que celle-ci soit en difficulté ou soumise à un plan de sauvegarde ou une procédure de redressement judiciaire. Le dommage que les créanciers ressentent doit consister en l'insuffisance d'actif provoquant une cessation des paiements par la filiale. Il faut également que cette insuffisance soit antérieure ou concomitante à l'ouverture de la procédure de liquidation ; sinon les créanciers de la filiale n'ont pas vocation à se tourner vers la société-mère en action en comblement de passif, mais uniquement en une faute dans la gestion à condition qu'elle soit séparable des fonctions sociales¹²⁶⁹.

1266 S. Hadji-Artinian, *La faute de gestion en droit des sociétés, Actualité de la faute de gestion, Mécanismes de prévention sanctions*, Litec Groupe Lexis Nexis, éd. 2001, n°1002, p.314.

1267 CA Rennes, 2^{ème} ch. com. 08/04980, 14 sept. 2010.

1268 J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°1695, p.764.

1269 Cass. com. 23 janv. 1990, n°88-15.873, Bull. civ. 1990, IV, n°30, p.19 ; J-P. Legros, *idem* : « l'insuffisance d'actif doit exister au jour du jugement de condamnation. C'est à cette date que le juge apprécie son existence et son montant, y compris le juge d'appel ».

De même, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'existence des conditions d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société filiale doivent s'apprécier au jour du jugement d'ouverture sans tenir compte des capacités financières du groupe¹²⁷⁰. Dans une affaire récente¹²⁷¹ (l'affaire *Sodimédical*), relative à une filiale détenue par sa mère à 100%. La majorité du passif de cette filiale est engendrée par le solde du compte courant de la société mère, celle-ci a décidé de ne plus soutenir sa filiale entendant se « désengager » et voulant « arrêter l'activité de sa filiale ». Les juges du fond ont rejeté la demande d'ouverture de la procédure de liquidation au motif d'une absence d'autonomie financière de la filiale et d'un « détournement » du droit des procédures collectives afin d'échapper aux obligations imposées par le droit social. La Cour de cassation censure ces deux motifs en déclarant que « dans les groupes de sociétés, l'état de cessation des paiements s'apprécie pour chaque société suivant la définition donnée par la loi. Lorsque cet état est avéré, le juge doit ouvrir la procédure collective sollicitée par le débiteur sans prendre en compte les mobiles de ce dernier ». En d'autres mots, et comme l'a souligné J-P. Legros¹²⁷² à juste titre, « l'appartenance de la société à un groupe – même prospère – n'a aucune incidence sur l'appréciation des conditions d'ouverture d'une procédure collective en général. Le raisonnement est purement juridique : seule compte l'indépendance théorique entre les personnes morales membres du groupe. La dépendance économique relevée par les juges d'appel n'a pas d'influence ».

655. En outre, récemment, le législateur français a introduit dans le Code de commerce (par la loi n°2012-346 du 22 mars 2012) un nouvel article L. 631-10-1 qui autorise l'administrateur ou le mandataire judiciaire à intenter à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait de la société en redressement une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur pour ensuite solliciter une mesure conservatoire sur les biens de ceux-ci. Selon cet article : « Les mesures ordonnées lors de la procédure de redressement peuvent être maintenues si la procédure de redressement est

¹²⁷⁰ Voir par exemple pour une procédure de sauvegarde : Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-20.820, FS-P+B+R+I, SAS Euler Hermès Sfac c/ SAS Schlumberger : JurisData n° 2007-039782 ; Bull. civ. 2007, IV, n° 177 ; D. 2007, p. 1864, obs. A. Lienhard ; JCP G 2007, II, 10147, note J. Vallansan. – Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-17.821, FS-P+B+R+I, SAS Euler Hermès Sfac c/ Canet : JurisData n° 2007-039783 ; Dr. sociétés 2007, comm. 179 ; Bull. civ. 2007, IV, n° 176 ; D. 2007, p. 1864, obs. A. Lienhard ; JCP G 2007, II, 10147, note J. Vallansan ; D. 2007, p. 2764, obs. M.-L. Bélaval ; RJDA 01/2008, n° 56, p. 56. – H. Guyader, Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : RJDA 01/2008, chron. p. 103 s.

¹²⁷¹ Cass. com. 3 juill. 2012 n° 11-18.026, FS-P+B, Sté Sodimédical c/ Vaugeois : JurisData n° 2012-015231 ; JCP E 2012, 1509, note A. Cerati-Gauthier ; D. 2012, p. 1814, obs. A. Lienhard ; Bull. Joly Sociétés 2012, [§ 356], p. 631, note N. Pelletier ; LEDED n° 8, sept. 2012, comm. 119, obs. C. Delattre ; D. 2012, p. 2212, note R. Dammann et S. François ; Act. proc. coll. 2012, comm. 206, note L. Fin-Langer

¹²⁷² J-P. Legros, Liquidation judiciaire, dr. soc. n°11, nov. 2012, comm. 189.

convertie en procédure de liquidation (C.com. art. L. 651-4, al.2) ¹²⁷³».

Cette nouvelle action implique à s'interroger pour savoir si elle est équivalente ou différente de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Selon *P. Roussel-Galle*, les deux actions ne sont pas synonymes, car l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif suppose que les dirigeants commettent une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, alors que le nouvel texte évoque une faute ayant contribué à la cessation des paiements sans autre précision, c'est-à-dire peu importe qu'elle soit de gestion ou non¹²⁷⁴. De même le préjudice subi par les créanciers diffère dans les deux cas : il consiste dans le nouveau texte en la cessation des paiements et dans l'ancien en l'insuffisance d'actif. « Or, les deux notions diffèrent complètement. La cessation des paiements est caractérisée par l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible alors que l'insuffisance d'actif suppose que l'actif ne puisse pas couvrir l'ensemble du passif¹²⁷⁵ ». On peut également souligner que l'action en responsabilité, instituée par le nouveau texte, ne vise pas dans un premier temps la condamnation des dirigeants de la société en redressement, mais en priorité la mise en place d'une mesure conservatoire sur leurs biens. Cette mesure peut être maintenue si la procédure de redressement est convertie en procédure de liquidation. Au contraire, l'action en comblement de passif a pour un seul objectif d'imputer aux dirigeants le passif social impayé.

656. En définitive, le recours à la nouvelle action en responsabilité suppose que la société soit à la fois en redressement judiciaire et en cessation de paiements. Si elle a été mise en liquidation judiciaire, ses dirigeants ayant commis une faute contributive à l'insuffisance d'actif ne peuvent être assignés qu'en action en comblement de passif¹²⁷⁶.

¹²⁷³ J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°1654, p.746.

¹²⁷⁴ Voir aussi, B. Rolland, *Les nouvelles mesures conservatoires dans les procédures collectives*, *Rev. proc. coll.* n°6, juin 2012, alerte 24 : « La particularité de cette action est qu'elle ne correspond pas à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif spécifique aux procédures collectives. En effet, cette dernière action est réservée au cas où la société ou bien l'EIRL est en liquidation judiciaire (C. com., art. L.651-2). Or, le nouveau dispositif s'applique aux procédures de redressement judiciaire. Par conséquent, la procédure diligentée contre le dirigeant ne saurait être que celle de droit commun, fondée sur sa responsabilité civile ».

¹²⁷⁵ P. Rousse Galle, *La loi Petrolplus : quelques réflexions avec un peu de recul*, *Rev. proc. coll.* n°3, mai 2012, étude 16.

¹²⁷⁶ Voir dans le même sens; A. Cerati-Gauthier, *La liquidation judiciaire se mérite-t-elle ?*, *JCP E*, n°36, 6 sept. 2012, 1509 : « Le recours au nouvel article L. 631-10-1 du Code de commerce, introduit par la loi « Petrolplus » du 12 mars 2012 (...) ne serait pas plus efficace puisque son champ d'application est limité au redressement judiciaire. La filiale en l'espèce était condamnée à la liquidation judiciaire ».

3- Le lien de causalité

657. Aux termes de l'article L. 651-2 du Code de commerce, la faute de gestion imputée au dirigeant doit contribuer, même partiellement, à l'insuffisance de l'actif social¹²⁷⁷. Le lien de causalité doit être appréhendé avec souplesse¹²⁷⁸. Selon la jurisprudence, toute faute du dirigeant est retenue dès lors qu'elle a été (pour partie au moins) à l'origine du passif. Même si la faute n'a été que l'une des causes de l'insuffisance, le dirigeant peut être condamné à supporter l'intégralité du passif¹²⁷⁹. En cas de pluralité de fautes de gestion imputées aux dirigeants, il suffisait, jusqu'à deux arrêts en date du 1^{er} décembre 2009¹²⁸⁰, que l'une de ces fautes soit légalement établie pour asseoir la condamnation prononcée à l'encontre ces dirigeants. Depuis, la chambre commerciale de la Cour de cassation a fait application du principe de proportionnalité dans le domaine des sanctions traditionnelles en droit de la faillite et des fautes de gestion¹²⁸¹. Elle a décidé « de casser un arrêt qui, ayant retenu deux faits à l'encontre de la personne sanctionnée, n'en a légalement justifié qu'un seul. Le raisonnement est que chaque grief retenu a été pris en considération par les juges du fond pour décider d'infliger une mesure de faillite personnelle et pour en moduler le quantum au regard de la gravité du comportement en cause. Chaque fait retenu doit donc être légalement justifié¹²⁸² ». Cette nouvelle

1277 CA Lyon - Juridiction Du Premier Président - 11/00225 - 09 janv. 2012 : « Le demandeur se borne à contester la gestion laxiste qui lui est reprochée par le liquidateur judiciaire et qui a été retenue par le tribunal de commerce sans faire état d'élément nouveau ou non pris en considération par le premier juge établissant que les difficultés de la société n'ont pas de lien avec les fautes de gestion qui lui sont imputées. Les pièces qu'il produit démontrent seulement son incapacité financière de faire face à la condamnation en paiement prononcée à son encontre, ce qui ne suffit pas pour constituer un moyen d'appel sérieux » ; CA Lyon - JURIDICITION DU PREMIER PRÉSIDENT - 11/00225 - 09 janv. 2012 ; A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires – Des régimes spéciaux vers un droit commun*, Préf. P. Dubois : LGDJ 2008, Bibliothèque de droit privé, t. 493, n° 47.

¹²⁷⁸ J.-P. Legros, *Faute de gestion*, dr. soc. n°12, déc. 2010, comm. 233.

1279 Cass. com. 2 mai 2001, n° 98-14.146, F-D, JurisData n° 2001-009488 : Dr sociétés 2001, comm. n° 141, obs J-P Legros- Cass. com. 28 mars 2000, n° 97-17.834, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 604, [§ 134] - Cass. com. 17 févr. 1998, n° 95-18.510, JurisData n° 1998-000657, Bull. civ. 1998, IV, n° 78, p. 61 ; Bull. Joly Sociétés 1998, [§ 215], p. 644 ; D Aff. 1998, p. 475, obs. A. L. ; Rev. soc. 1998, p. 580, obs. Y. Guyon - Cass. com., 19 mars 1996, n° 94-12.004, Bull. civ. 1996, IV, n° 91, p. 77 ; JurisData n° 1996-000989, Bull. Joly Sociétés 1996, [§180], p. 526, obs. P. Le Cannu – CA Paris, 3^e ch., 18 févr. 2000 : RJDA 11/2000, n° 1023, p. 810 ; Cass. Com. 10-20.423, 11 oct. 2011 « l'action en comblement de passif est exclue lorsque l'insuffisance d'actif a été provoquée par des causes étrangères qui ne sont pas imputables au gérant »

¹²⁸⁰ Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-17.187 : JurisData n° 2009-050595 ; JCP G 2009, act. 564, note . Mastrullo ; JCP G 2010, 155, P. Delmotte et Ph. Roussel Galle, préc.) et 15 décembre 2009 (Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.906, FS-P+B+R+I, Debono c/ Canet : JurisData n° 2009-050876 ; D. 2010, p. 7, obs. A. Lienhard ; BRDA 2009/24, info n° 8, p. 4 ; Bull. Joly Sociétés 2010, [§ 75], p. 364, note L. Camensi-Feuillard ; Dr. sociétés 2010, comm. 55 ; LPA n° 35, 18 févr. 2010, p. 8, note G. Teboul.

¹²⁸¹ J.-P. Legros, *Du risque d'invoquer plusieurs cas de faillite personnelle : Dr. sociétés 2010, repère 3.* – Voir aussi les observations de MM. Roussel Galle et Delmotte : JCP G 2010, 155. – P. Nabet, *Le principe de proportionnalité s'invite en droit des procédures collectives* : LPA n° 70, 8 avr. 2010, p. 3

¹²⁸² J.-P. Legros, *Pluralité de fautes, action en comblement de passif*, dr. soc. n°7, juill. 2010, comm. 147 ; voir aussi, Cass. com. 30 mars 2010, n° 08-22.140, F-D, Société Aquitel développement c/ X : JurisData

jurisprudence semble d'ailleurs assez similaire à la règle dominante en droit libyen, prévue à l'article 20 du Code de commerce et applicable à toutes les formes sociétaires. Selon les dispositions de cet article « lorsque l'insuffisance d'actif est née de lourdes fautes de gestion, les dirigeants supportent les dettes, en définitive ou en partie, en proportion de leur participation dans ces fautes ».

658. Du reste, il est envisageable qu'une société mère soit administratrice ou gérante de sa filiale et qu'elle soit soumise dans ses fonctions aux directives d'une autre société de son groupe d'un niveau supérieur : par exemple, une holding dirigeante de plusieurs filiales qui n'est pas indépendante de sa mère. Il n'est pas exclu en l'occurrence que la société mère se voit attribuer la qualité de dirigeant de fait et, par conséquent, condamner à combler le passif de la filiale mise en liquidation. De son côté, la société holding, dirigeante légale de cette filiale, invoquerait en vain le fait de n'être que le prête-nom de sa mère dirigeante réelle. En ce sens, une Cour d'appel a décidé que « la personne qui accepte la gérance d'une société doit nécessairement en accepter les obligations et ne peut s'exonérer de sa responsabilité en soutenant qu'elle a été défaillante dans sa mission de dirigeant (...). Le seul fait de laisser une autre personne diriger la société à sa place constitue une faute de gestion qui permet de lui attribuer la responsabilité de toutes les conséquences d'une gestion défectueuse¹²⁸³ ».

B- Les conséquences de l'action en comblement de passif

659. Aussitôt que lesdites conditions sont réunies, l'action en comblement de passif peut être intentée contre les dirigeants de la filiale par le liquidateur judiciaire, le ministère public ou la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le liquidateur ne l'a pas engagée après une mise en demeure adressée par deux contrôleurs et restée sans suite dans un délai de deux mois¹²⁸⁴ (C. com. art. 651-3¹²⁸⁵). De même, cette action peut être intentée

n° 2010-002985. Dans cette décision la Cour a affirmé que « la faute de gestion découlant de la tardivité de cessation des paiements suppose de fixer le jour précis de la survenance de cet état. L'une des fautes de gestion n'était pas légalement établie, l'arrêt est censuré en entier ».

1283 CA Dijon, ch. Civ. B, 24 févr. 2005, JurisData n° 2005-279859, 2^e esp. Dr sociétés 2005, comm. n° 214, obs. J.-P Legros.

¹²⁸⁴ Voir, J.-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, op.cit., n°1681, p.757 : « à contrario, toute autre personne n'a qualité pour agir. En particulier, un dirigeant ne peut exercer une action en responsabilité pour insuffisance d'actif à l'encontre d'un autre dirigeant, même à titre de garantie. Il en va de même des associés et des créanciers sociaux » ; cass. com. 6 juin 1995, n°91-21.173 :Bull. civ. 1995, IV, n°168, p. 157 ; Jurisdata n°1995-001384 ; JCP E 1995, I, 513, n°20.

1285 Aux termes de cet article « dans le cas prévu à l'article 651-2, le tribunal est saisi par le liquidateur, 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 engagé l'action prévue au même article, après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixés par décret en Conseil d'État ».

par lesdites personnes contre le représentant permanent d'une société dirigeante de la filiale, telle une holding, une société-mère ou une société sœur. Selon l'article L. 225-20 du Code de commerce, une personne morale nommée administrateur doit désigner un représentant permanent qui encourt alors les mêmes responsabilités que s'il était administrateur en son nom propre¹²⁸⁶.

660. Aux termes de l'article L. 651-2 du Code de commerce français « 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. L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire. 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 réparations à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés »¹²⁸⁷.

De ce fait, dès lors que le ou les dirigeants de la filiale sont condamnés à combler son passif social sur leurs deniers personnels, les sommes qu'ils versent doivent entrer dans le patrimoine de celle-ci. Elles sont réparties entre tous les créanciers en proportion de leur créance. Lorsqu'il s'agit de plusieurs dirigeants, les dettes sont supportées en tout ou en partie par l'ensemble ou par certains des dirigeants, avec ou sans solidarité. Le tribunal dispose en effet d'un large pouvoir d'appréciation : il n'est jamais obligé de prononcer une sanction patrimoniale même lorsqu'une faute de gestion est avérée. Pour la Cour de cassation, « aucune solidarité n'existe entre les dirigeants de droit ou de fait d'une même personne morale au regard de l'action en paiement des dettes sociales, le juge ayant seulement la faculté de dire que les condamnations seront exécutées avec ou sans solidarité¹²⁸⁸ ».

1286 *Le représentant légal de la société administrateur n'assume pas d'office ce rôle qui suppose une désignation expresse* Cass. com. 3 oct. 2000, n° 96-15.514, F-D, JurisData n° 2000-006219, Bull. Joly Sociétés 2001, [§ 4], p 24, obs. P. Le Cannu ; Dr. sociétés 2001, comm. n° 79, obs. J.-P. Legros.

1287 Dans le droit libyen, la règle s'avère quelque peu nuancée. En effet, selon l'article 185 du Code de commerce, la saisie du tribunal relève des créanciers et du liquidateur judiciaire si la société est en faillite.

1288 Cass. com., 26 oct. 1999, n° 97-10.464, JurisData n° 1999-003876 – Cass. com., 7 nov. 2006, n° 05-16.693, Bull. civ. 2006, IV, n° 218, p. 244 ; Rapp. Cass. 2007, La documentation française 2008, p 354 ; JurisData n° 2007-035957 ; Dr. sociétés 2007, comm. n° 47, obs. J. -P. Legros.

661. En outre, sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de 2005, les jugements emportant condamnation à combler le passif sont exécutoires à titre provisoire de plein droit dès lors que l'article 155 alinéa 1^{er} du décret du 27 décembre 1985 ne la cite pas parmi la liste des exceptions (D. n° 85-1388, 27 déc. 1985)¹²⁸⁹. Mais cette exécution provisoire peut être arrêtée en cas d'appel par le premier président lorsque les moyens invoqués à l'appui de ce recours paraissent sérieux (D. n°85-1388, 27 déc. 1985, art. 155, al. 2). De même, selon l'article 524 du Code civil, le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe de la contradiction ou de l'article 12 lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Les choses ont changé après la réforme de 2005. Le jugement de condamnation du dirigeant à supporter le passif n'est plus susceptible d'exécution provisoire de plein droit. En effet, l'article R. 661-2 du Code de commerce (issu de la codification de l'article 328 du décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005) exclut du domaine de l'exécution provisoire les jugements rendus en application de l'article 652-1). La question peut ainsi se poser sur la possibilité d'ordonner par le juge l'exécution provisoire en vertu du droit commun (soit l'article 515 du Code de procédure civile). F. Pérochon et R. Bonhomme estiment que le juge peut toujours ordonner des mesures conservatoires, ce qui rend moins utile une exécution provisoire¹²⁹⁰. A notre avis, il n'existe pas d'interdiction au juge de se fonder sur l'article 515 du Code de procédure civile et de décider de l'exécution provisoire du jugement imposant au dirigeant le comblement du passif social.

662. De plus, selon l'article L. 651-4 du Code de commerce, « pour l'application des dispositions de l'article L. 651-3, le président du tribunal peut charger le juge commissaire ou, à défaut, un membre de la juridiction qu'il désigne d'obtenir, nonobstant toute disposition législative contraire, communication de tout document ou information sur la situation patrimoniale des dirigeants et des représentants permanents des dirigeants personnes morales mentionnés à l'article L. 651-1 (...). Le président du tribunal peut, dans les mêmes conditions, ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants visés à l'alinéa qui précède¹²⁹¹ ».

¹²⁸⁹ Voir, J-P Legros, *Action en comblement de passif : procédure*, JCP E, n°10, 10 mars 2011, 1193.

¹²⁹⁰ F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficultés*, 8^e éd., LGDJ, 2009, n°566.

¹²⁹¹ Ce texte a été initié par la réforme de 2005. Avant celle-ci, l'ancien article L. 624-7 prévoyait la possibilité d'ordonner une enquête portant sur la situation patrimoniale des dirigeants (*C. com., anc. art. L. 624-7 – Avant la codification*, L. n° 85-98, 5 janv. 1985, art. 184). J-P. Legros, *Première mesure : transposition des mesures conservatoires de l'article L. 651-4 aux extensions de procédures*, nouvelle rédaction de l'article L. 622-2, *JurisClasseur : Sociétés Traité*, Fascicule 41-30. Comm. 89 : « Depuis la loi du 26 juillet 2005 qui a supprimé l'ouverture d'une procédure à l'encontre de membres tenus indéfiniment et

Selon ce texte, le président du tribunal peut procéder à une enquête sur la situation patrimoniale des dirigeants sociaux et ordonner « toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens » de ceux-ci. La finalité de la mesure conservatoire édictée à cet article à propos de la responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif consiste à éviter que ces derniers n'organisent leur insolvabilité¹²⁹². Cette disposition, insérée dans le Code de commerce par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (art. 130), s'appliquait jusqu'au 15 février 2009 (date de la réforme introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008) indifféremment aux sociétés soumises à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Mais depuis, les mesures conservatoires supposent pour leur application aux dirigeants invités à combler le passif social que la société soit en liquidation judiciaire.

663. Néanmoins, la loi du 12 mars 2012 remédie à la situation dans le cadre d'un redressement judiciaire. Désormais, un nouvel article 631-10-1¹²⁹³ a été introduit permettant au président du tribunal saisi d'ordonner, à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur (C. com. art. L. 631-10-1)¹²⁹⁴. Cette réforme ne concerne d'ailleurs que la procédure de redressement vu la place de l'article L. 631-10-1 parmi les

solidairement du passif, cette enquête ainsi que les mesures conservatoires concernent aussi les personnes membres ou associées de la personne morale en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire lorsqu'elles sont responsables indéfiniment et solidairement de ses dettes. En 2010, le texte est étendu aux entrepreneurs individuels à responsabilité limitée. Les mesures portent sur tous les biens y compris dans son patrimoine non affecté lorsque cet entrepreneur est exposé à une procédure de liquidation judiciaire ».

¹²⁹² J.-J. Hyest, *Rapport Sénat*, n° 335, Session ordinaire 2004-2005, mai 2005, tome I, p 458 - X de Roux, *Rapport Assemblée Nationale*, n° 2095, XIIe Législature, févr. 2005, p 415. Selon la Cour de cassation, cette mesure conservatoire « peut être ordonnée par le président du tribunal de commerce ou de grande instance suivant la nature du débiteur sans autre condition. En particulier, cette saisie ne nécessite pas de détenir une créance paraissant fondée en son principe lorsque le créancier poursuivant est démuné de titre exécutoire », voir, (J.-P. Legros, *Première mesure : transposition des mesures conservatoires de l'article L. 651-4 aux extensions de procédures, nouvelle rédaction de l'article L. 622-2*, *JurisClasseur : Sociétés Traité*, Fascicule 41-30. *Comm.* 89) ; (Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-18.472, *Spangberg c/ Société Gauthier-Sohm* : FS-P+B, *JurisData* n° 2011-010301, *D.* 2011, p 1613, note A. Lienhard ; *Rev. soc.* 2011/9, p 522, note P. Roussel Galle ; *L'Essentiel du droit des entreprises en difficultés*, 2011/7, *comm.* n° 107, p 6, obs. P. Rubellin : *Act. Pr. Coll.* 2011/13, *comm.* n° 194, C. Delattre ; *Rev. Pr. Coll.* 2011/6, *comm.* n° 200, obs. A. Martin-Serf.

¹²⁹³ Aux termes de cet article : « A la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur ».

¹²⁹⁴ Selon le rapport présenté au Sénat (F. Guégot, *Assemblée Nationale*, *Rapport* n° 4411 [enregistré le 28 févr. 2012], p 26 – J.-P. Sueur J.-P. Sueur, *Rapport* n° 448, *Session ordinaire de 2011-2012* [Enregistré à la Présidence du Sénat le 29 févr. 2012], p 14), (<http://www.senat.fr/rap/111-448/111-4481.pdf>) : l'action instituée par le nouvel article L. 631-10-1 tiendrait de l'action en comblement de passif en cas de liquidation judiciaire.

règles relatives à cette procédure. Elle n'intéresse ni la procédure de sauvegarde, afin de ne pas décourager le débiteur à solliciter l'ouverture de celle-ci, ni la procédure de liquidation, déjà sanctionnée par l'action en comblement de passif (dont l'article L. 651-4 du Code de commerce¹²⁹⁵ autorise d'ailleurs la prise de la mesure qu'il instaure en la matière¹²⁹⁶).

De même, selon le rapport présenté au Sénat sur cette réforme, la faute imputable au dirigeant n'est pas nécessairement une faute de gestion. L'action ordinaire de la responsabilité en droit des sociétés, qui suppose l'existence d'une faute personnelle du dirigeant, peut donner lieu à cette mesure¹²⁹⁷.

Dans le cas des groupes de sociétés, cette nouvelle extension de la mesure conservatoire permettra au tribunal compétent de saisir les biens dont dispose la société mère dirigeante de droit ou de fait en possession de sa filiale française en attendant qu'il soit statué sur sa responsabilité civile¹²⁹⁸. On peut citer à titre d'exemple, une filiale qui exerce son activité grâce à des machines mises à sa disposition par sa mère dirigeante de droit ou de fait, ou qui transforme les marchandises appartenant à cette dernière ou qui détient des stocks de pétrole de sa mère.

664. Par ailleurs, s'agissant du droit libyen, l'action en comblement de passif a été régie par une règle générale et deux dispositions particulières. Ainsi, selon l'article 20 du Code de commerce, applicable à toutes les sociétés qu'elles soient civiles ou commerciales, « si l'insuffisance d'actifs résulte de lourdes fautes de gestion, les dirigeants répondent des dettes sociales en totalité ou en partie, chacun selon sa participation dans ces fautes ». Selon cet article, une faute légère, même contributive à l'insuffisance d'actif, ne peut faire peser sur les dirigeants une obligation de combler le passif social. Le pouvoir du juge s'avère de même assez restreint : les dettes impayées par la société doivent être imputées

¹²⁹⁵ Aux termes de cet article « le président du tribunal peut, dans les mêmes conditions (celles prévues à l'alinéa 1), ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants visés à l'alinéa qui précède ».

¹²⁹⁶ Voir J-P. Legros, *Mesures conservatoires : le décret d'application de la loi dite « Petroplus » du 12 mars 2012*, *dr. soc. janv. 2013*, *comm. 13*. Selon l'auteur, les mesures conservatoires supposent soit une action en extension de procédure fondée sur la confusion des patrimoines ou la fictivité dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation, soit une action en responsabilité intentée à l'encontre d'un dirigeant de droit ou de fait. Dans l'hypothèse d'une procédure de liquidation, « il s'agit d'une action en comblement de passif qui autorise déjà la prise de mesures conservatoires (C. com., art. L. 651-2 et L. 651-4). La loi du 12 mars 2012 introduit une nouvelle action en responsabilité à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait auteurs de fautes ayant contribué à l'état de cessation des paiements. L'introduction de cette action justifie le recours à une mesure conservatoire ».

¹²⁹⁷ Voir La faute détachable de l'exercice des fonctions sociales, *supra*, n°, p.

¹²⁹⁸ J-P. Legros, *Mesures conservatoire et responsabilité du dirigeant*, *dr. soc. n°5*, mai 2012, *comm. 87*.

aux dirigeants en proportion de leur participation dans la faute de gestion¹²⁹⁹. Cette disposition n'est pas transposable à la société anonyme, régie par les articles 185 et 186 du Code de commerce introduisant en la matière une solution différente. Aux termes du premier « le président et les membres du conseil d'administration sont tenus pour responsables à l'égard des créanciers de la société, de toute inobservation de leurs devoirs relatifs à la sauvegarde de l'intégralité de l'actif social. Les créanciers ont le droit d'intenter une action en responsabilité lorsque l'actif social disponible est inférieur au passif exigible ou si la société est en faillite. Dans ce dernier cas, l'action doit être présentée par le liquidateur judiciaire. Les créanciers maintiennent leur droit d'actionner le président et les membres du conseil d'administration même si la société les a exonérés de responsabilité ou s'est arrangée avec eux ». Selon l'article 186 « les précédentes règles n'empêchent pas l'associé ou les tiers victimes de préjudices issus des actions fautives ou frauduleuses du conseil d'administration de demander à celui-ci leur réparation ».

Ces dispositions appellent trois observations. D'une part, la faute de gestion imputée au dirigeant n'a pas de caractéristique particulière. Tout manquement, même léger, à la sauvegarde de l'actif social et toute action fautive ou frauduleuse peut engager les dirigeants en comblement de passif social. D'autre part, l'article 185 ne prévoit pas de règle particulière autorisant le juge du fond à imposer la solidarité entre les dirigeants fautifs. Cette omission implique néanmoins l'application de la règle générale prévue à l'article 20. De plus, cet article n'introduit pas de dispositions particulières relatives au préjudice invoqué par le tiers victime. Ce dernier peut assigner les dirigeants en comblement de passif social. Le dommage issu de la faute de gestion doit à cet égard porter sur l'insuffisance d'actif. Cette exigence émane en réalité du fait que le droit libyen ne sanctionne les dirigeants fautifs que lorsque la société est en difficulté. Lorsqu'il s'agit cependant d'une société *in bonis*, l'article 186 du Code de commerce doit s'appliquer, lequel implique la responsabilité des membres du conseil d'administration sans pour autant exiger une spécificité portant sur la faute ou le préjudice. Ce sont dès lors les règles générales de la responsabilité civile régie par l'article 166 du Code civil¹³⁰⁰ qui doivent s'appliquer. De même, ni le Code de commerce ni la jurisprudence ne demande en l'état

¹²⁹⁹ Comp. l'article L. 651-2 du Code de commerce français.

¹³⁰⁰ Aux termes de cet article, « *quiconque commet une faute, quelle qu'elle soit, causant un préjudice à autrui est tenu de verser une réparation* ».

que la faute imputée aux dirigeants soit détachable des fonctions sociales¹³⁰¹. Jusqu'à présent, les juridictions n'ont encore eu aucune occasion pour se prononcer sur cette question.

665. Par ailleurs, face aux inconvénients de l'action en comblement de passif¹³⁰², les créanciers de la filiale pourraient poursuivre ses dirigeants sur le fondement d'autres régimes de responsabilité civile, plus souples dans leur fonctionnement et plus efficaces dans l'indemnisation. Le cumul d'actions est concevable dans plusieurs hypothèses. Ainsi, d'une part, il est envisageable que la faute de gestion qui amène à l'insuffisance d'actif soit détachable des fonctions des dirigeants fautifs en raison de sa gravité particulière ou de son caractère intentionnel. Les créanciers ont donc un intérêt tout particulier à se retourner contre ces dirigeants *in solidum*, en s'appuyant sur la responsabilité qui découle de cette faute pour réclamer la réparation totale. D'autre part, selon la jurisprudence française, la faute de gestion peut être établie à l'encontre d'un dirigeant à l'origine d'une confusion de patrimoine entre lui et la société ou entre plusieurs sociétés. Dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française, rendu le 14 juin 1977¹³⁰³, les magistrats ont confirmé la condamnation d'un dirigeant à combler une partie de l'insuffisance d'actif issue de la confusion du patrimoine de trois sociétés. Selon les termes de cette décision, ne pas distinguer les patrimoines des sociétés en cause constitue une faute de gestion.

666. Sous l'empire de la loi française du 13 juillet 1967, le cumul avec les actions fondées sur le droit commun était admis¹³⁰⁴. Les créanciers d'une filiale en liquidation judiciaire pouvaient se retourner contre ses dirigeants sous fondement de l'article 1382 du Code civil (responsabilité délictuelle). Toutefois, la Cour de cassation par une série d'arrêts pris en 1995, opérant un revirement de jurisprudence, a refusé tout cumul de l'action en comblement de passif avec la responsabilité en droit commun. Elle a affirmé que la recherche cumulative de la responsabilité du dirigeant fautif sur le fondement des articles

¹³⁰¹ Comp. la règle dans la jurisprudence française, op. cit

¹³⁰² Au sens de l'article L.651-2 du Code de commerce, les créanciers n'ont pas à agir à titre individuel contre les dirigeants fautifs. Et les juges disposent d'un pouvoir souverain à l'égard de l'action intentée : d'une part, même avec l'existence d'une faute de gestion, ils ne sont pas obligés de donner suite favorable à cette action, car ledit article utilise dans ses dispositions le verbe "pouvoir" et non "devoir" : « *le tribunal peut, en cas de faute de gestion...* ». D'autre part, les juges disposent également d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'évaluation du montant de l'insuffisance d'actif devant être supporté par les dirigeants. Ils ne sont pas obligés de mettre à la charge de ces dirigeants tout ce montant, ni de les contraindre *in solidum* à combler le passif social. Cette souplesse législative procure ainsi aux juges du fond la possibilité de faire preuve de prudence dans leur condamnation des dirigeants.

¹³⁰³ Cass. com. 14 juin 1977, *Della Vallée c/Gourdain*, Bull. civ. IV, n°169.

¹³⁰⁴ Cass. com. 8 nov. 1982, Bull. Civ. IV, n°338.

180 et 52 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 était impossible¹³⁰⁵. Aujourd'hui, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 (ayant supprimé l'obligation aux dettes sociales), demeure la seule action dite en comblement de passif, dont le champ est par ailleurs désormais limité à la liquidation judiciaire (C. com. art. L. 651-2)¹³⁰⁶.

II- La faillite personnelle des dirigeants de la filiale

667. Certaines fautes sont de nature à exposer les dirigeants à des sanctions professionnelles. Le Code de commerce permet de prononcer à l'encontre de ceux-ci la faillite personnelle. Cette sanction, énoncée aux articles L. 653-1 et suivants, ne s'adresse qu'aux dirigeants personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales¹³⁰⁷. Elle envisage de façon générale l'application de mesures civiles à l'égard des dirigeants sociaux malhonnêtes, qui par leurs agissements fautifs, ont conduit la société à sa perte¹³⁰⁸. Elle est strictement attachée aux actes de gestion des dirigeants et est indépendante de toute sanction pénale comme dans le cas de la banqueroute. Le prononcé de cette sanction suppose l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire¹³⁰⁹ ; il n'est pas suffisant que la personne morale soit en difficulté. Les faits qui méritent cette

1305 Elle déclara dans ce sens que «lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires d'une société à responsabilité limitée fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des art. 180 et 183 de la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985, qui ouvrent, aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles de l'art. 52 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 ; Il s'ensuit qu'un créancier est irrecevable à exercer contre le gérant, à qui il impute des fautes de gestion, l'action en réparation du préjudice résultant du non-paiement de sa créance ».

1306 Voir dans la jurisprudence : CA Angers, ch. com., 10/01990 - 18 oct. 2011 ; CA Aix-en-Provence, ch. 08 A - 10/08356 - 10 nov. 2011 ; CA Angers. Com. 10/01990, 18 oct. 2011 : dans cette affaire, la Cour d'appel reprocha aux juges du fond d'avoir rejeté l'action en responsabilité fondée sur le droit commun en estimant à tort que cette action heurte le principe du non cumul avec l'action en comblement de passif, alors que la société en cause n'est pas en liquidation. La Cour de cassation constate que l'action en comblement de passif, prévue par l'article L. 651-2 du Code de commerce, suppose que la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif. La prohibition de cumul n'a pas ainsi lieu lorsque la société est soumise à une procédure de sauvegarde ou de redressement. Elle déclara dans ses attendus que : «toute possibilité d'agir sur ce fondement est exclue au cas d'espèce puisque la clinique a simplement fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, qui a permis l'adoption d'un plan de redressement qui est exécuté sans défaillance, ce qui ne permet pas de relever une insuffisance d'actif ».

1307 La source de cet article se trouve dans la loi du 25 janv. 1985 (aujourd'hui codifiée) qui, dans la continuité de la loi du 13 juillet 1967, prévoit des sanctions personnelles applicables aux dirigeants. Voir S. Hadji-Artinian, *op. cit.*, n°1086, p.335. Avant la réforme de 2005, ladite loi (du 25 janv. 2005) visait les personnes physiques dirigeantes de droit ou de fait d'une personne morale ayant une activité économique ainsi que les représentants des personnes morales (anc. C. com., art. L. 625-1). La restriction a disparu en 2005 : sont dorénavant concernés les dirigeants de toute personne morale de droit privé, ayant ou non une activité économique (voir, J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, sous la direction de P. Roussel Galle, LexisNexis, 2012, Dr. 360°, n°1714 et s., p. 772 et s.

¹³⁰⁸ Cf. J-P. Legros (*idem*).

¹³⁰⁹ J. Monnet, *Sociétés anonymes, conseil d'administration, pouvoirs du président, fonctionnement et pouvoirs du conseil, responsabilité des membres du conseil*, *JurisClasseurCommercial*, 15 déc. 2009 : « Le prononcé d'une faillite personnelle ne peut intervenir qu'à l'occasion d'une procédure de redressement ou de liquidation, à la demande du mandataire judiciaire, du liquidateur ou du ministère public (ou de la majorité des créanciers nommés contrôleurs en cas d'inaction du mandataire judiciaire) ».

sanction doivent être prévus par des textes législatifs. L'article L. 653-4 du Code de commerce prévoit en ce sens que le tribunal peut prononcer la faillite personnelle de tous les dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale qui auront :

- disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ;
- fait des actes de commerce dans un intérêt personnel sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ;
- fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;
- poursuivi abusivement dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;
- détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale.

Le tribunal peut également prononcer la faillite personnelle des dirigeants qui n'auront pas acquitté les dettes mises à leur charge suite à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (C. com. art. L. 653-6).

En outre, l'article L. 653-3 du Code de commerce énumère six cas de faillite communs à tous, exploitants individuels, y compris l'entrepreneur à responsabilité limitée et les dirigeants. Sont visés ceux qui auront :

- exercé une activité commerciale, artisanale ou agricole ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi ;
- fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ;
- souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale ;
- payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers ;
- fait obstacle au déroulement de la procédure collective en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure ;
- fait disparaître des documents comptables, ne pas avoir tenu de comptabilité lorsque les

textes applicables en font obligation, ou avoir tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables.

668. De même, la sanction pénale de la banqueroute prévue à l'article L. 654-3 du Code de commerce¹³¹⁰ peut mener à la faillite personnelle. Le tribunal correctionnel qui prononce cette sanction peut, à titre de peine complémentaire, décider de la faillite personnelle de ce dirigeant. Selon la jurisprudence, toute demande de faillite personnelle ne se fondant pas sur l'un des cas précédents n'est pas recevable. Une illustration de cette jurisprudence est fournie par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 27 février 2007¹³¹¹. Dans cette affaire, la Cour de cassation a reproché à une Cour d'appel d'avoir retenu, pour prononcer la faillite personnelle des dirigeants, que « selon le rapport du liquidateur, la comptabilité semble avoir été tenue mais n'a jamais été remise et est donc incomplète ou soustraite. En statuant ainsi, alors que le défaut de remise de comptabilité n'est pas un fait de nature à justifier le prononcé de la faillite personnelle, la cour d'appel a violé les articles L. 624-5, 5° et 7° et L. 625-4 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises».

669. En tout état de cause, la faillite personnelle entraîne différents effets à l'égard du dirigeant failli dont trois principaux. Ainsi, selon l'article L. 653-2 du Code de commerce, la faillite personnelle entraîne « interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute activité indépendante et toute personne morale¹³¹² ». Selon l'article L. 653-9 du même Code, la faillite personnelle implique la limitation de l'exercice du droit de vote du dirigeant-associé dans les assemblées de la société en redressement ou en liquidation judiciaire. Ce droit ne peut s'exercer que par le biais d'un mandataire désigné à cet effet par le tribunal. De manière plus radicale, « le tribunal peut « exproprier » le dirigeant associé en ordonnant la cessation totale de ses parts et actions ». Selon l'article L. 653-10 du Code de commerce, « le tribunal qui prononce la faillite personnelle peut prononcer l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. L'incapacité est prononcée pour une durée égale à celle de la faillite

¹³¹⁰ Aux termes de cet article « la banqueroute est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ».

¹³¹¹ Cass. Com. 27 févr. 2007, n° 05-21.795, D. 2007. AJ 1021, note Lienhard.

¹³¹² L'interdiction s'applique également à la gérance des sociétés civiles (V. CA Douai, 2e ch. A, 1er juill. 1999: Rev. proc. coll. 2000, p. 225, obs. A. Martin-Serf.).

personnelle, dans la limite de cinq ans. Lorsque la décision est devenue définitive, le ministère public notifie à l'intéressé l'incapacité qui produit effet à compter de la date de cette notification ».

670. Néanmoins, même n'intéressant pas la société mère dirigeante de sa filiale en raison de sa personne morale, le régime de la faillite personnelle n'est pas sans avantage pour les créanciers de cette dernière. En effet, comme nous l'avons constaté à plusieurs reprises, les dirigeants d'une filiale, nommés à l'initiative de la société mère, sont souvent placés sous une double influence : à l'égard de leur société, ils sont, en principe, de véritables dirigeants ; mais à l'égard de cette dernière, ils n'apparaissent d'ordinaire que comme de simples exécutants de ses directives : ils occupent un rôle lié plutôt à l'intérêt du groupe qu'à celui de leur société. Comme C. Malecki l'a laissé entrevoir¹³¹³, dans cette hypothèse, ces dirigeants sont plutôt dans la situation d'un préfet. Ils exercent dans des conditions de plus en plus larges un pouvoir propre de décision. Mais ils dépendent du pouvoir central du gouvernement du groupe dont ils sont les représentants. Le risque qu'implique cette situation incommode consiste en ce que la société mère exerçant une influence dominante sur ses filiales tende à priver ces dernières d'une contrepartie équitable.

On pourrait pallier ce risque en affirmant que la faillite personnelle est encourue d'une manière indifférente par les dirigeants de droit ou de fait, liés à une société isolée ou une société membre d'un groupe. Même dans l'hypothèse où la société mère dispose elle-même d'un poste de dirigeant, sa mise à l'abri n'implique pas celle de son représentant. Selon l'article L. 225-20 du Code de commerce, le représentant permanent d'une personne morale dirigeante ou administratrice encourt la même responsabilité que celle du dirigeant, personne physique. Il en ira de même pour les dirigeants de cette société, susceptibles d'être la cible de cette sanction dans la mesure où ils pourraient assumer, par leur immixtion dans la direction ou la gestion de la filiale, la qualité de dirigeant de fait¹³¹⁴.

¹³¹³ Voir C. Malecki, *Les dirigeants des filiales, article précité*.

¹³¹⁴ Voir encore J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles, op. cit.*, n°1727, p. 776.