

La responsabilité pour insuffisance d'actif et les sanctions personnelles : quelques points d'attention au regard de la jurisprudence des années 2020-2022

La responsabilité pour insuffisance d'actif et les sanctions personnelles représentent un contentieux régulier devant notre chambre, sans doute en grande partie compte tenu de l'enjeu pécuniaire ; il est probable que la majorité des décisions fassent l'objet d'un appel.

Ce sont des sanctions et qui supposent donc des précautions particulières, notamment en ce qu'elles imposent au liquidateur (ou au Procureur de la République lorsqu'il demande le prononcé d'une sanction personnelle) ; elles répondent en ce sens à l'esprit des lois successives sur les procédures collectives, de favoriser le rebond du débiteur et de distinguer le sort de l'entreprise de celui de son dirigeant.

I – La responsabilité pour insuffisance d'actif.

L'article L.651-2 du code de commerce prévoit :

Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la personne morale, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée. Lorsque la liquidation judiciaire concerne une association régie par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ou, le cas échéant, par le code civil applicable dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle et non assujettie à l'impôt sur les sociétés dans les conditions prévues au 1 bis de l'article 206 du code général des impôts, le tribunal apprécie l'existence d'une faute de gestion au regard de la qualité de bénévole du dirigeant.

Lorsque la liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée à laquelle un patrimoine est affecté, le tribunal peut, dans les mêmes conditions, condamner cet entrepreneur à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté.

Lorsque la liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à l'égard d'un entrepreneur individuel relevant du statut défini à la section 3 du chapitre VI du titre II du livre V du présent code, le tribunal peut également, dans les mêmes conditions, condamner cet entrepreneur à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine personnel.

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

Les sommes versées par les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés.

C'est une responsabilité particulière, exclusive de celle de l'article 1240 du code civil : en droit, lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions de l'article L.651-2 du code de commerce (anciennement articles 180 et 183 de la loi du 25 janvier 1985), qui ouvrent aux conditions qu'ils prévoient une action en paiement des dettes sociales à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait, en cas de faute de gestion ayant

contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles des articles 1382 et 1383, devenus 1240 du Code civil¹.

En application de ce texte, il appartient au liquidateur de démontrer que le dirigeant de droit a personnellement commis la faute de gestion qu'il lui reproche².

C'est un régime applicable au seul dirigeant d'une personne morale, de droit ou de fait (1), qui est un régime de responsabilité adapté (2), avec des précisions en matière procédurale (3)

1.1 – Qui ? le dirigeant :

1.1.1 - Le dirigeant de droit doit être en exercice à la date de l'ouverture de la liquidation :

> qu'en est-il du dirigeant qui a démissionné ? La démission non publiée au RCS peut-elle être opposée au liquidateur.

La jurisprudence répond que oui, dans un arrêt récent (dans la lignée d'arrêts plus anciens) :

[Com., 16 juin 2021, pourvoi n° 20-15.399](#)

6. *Selon ce texte, la personne assujettie à immatriculation ne peut, dans l'exercice de son activité, opposer aux tiers les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre du commerce et des sociétés. Néanmoins, l'inopposabilité ne concerne pas les faits et actes qui mettent en jeu sa responsabilité personnelle sur le fondement de l'article L. 651-2 du code de commerce ;*

7. Pour condamner Mme Humbert au paiement de partie de l'insuffisance d'actif, l'arrêt relève que M. Sans s'est présenté pour le compte de celle-ci, désignée comme gérante, à l'audience ayant conduit à l'ouverture de la procédure collective, le 27 novembre 2009, que l'extrait Kbis de la société LFT établi au 29 novembre 2009 la mentionne comme en étant la dirigeante, et que le procès-verbal d'assemblée générale produit pour attester de sa démission le 30 octobre 2009 ne comporte pas le nom du dirigeant démissionnaire et n'a fait l'objet d'aucune publicité, de sorte qu'il n'est pas opposable aux tiers.

8. En statuant ainsi, *alors que la démission de Mme Humbert le 30 octobre 2009 n'était pas contestée*, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Cette règle est toutefois applicable à la condition qu'il ait réellement démissionné, et que la démission ne soit pas contestée... (d'autant plus intéressant qu'en espèce il était reproché au dirigeant un désintérêt pour la gestion de la société)

[Com., 7 octobre 2020, pourvoi n° 19-14.291](#)

3. M. Oggiano fait grief à l'arrêt de le condamner à supporter l'insuffisance d'actif, alors « que l'inopposabilité aux tiers des actes sujets à mention au registre de commerce et non publiés ne peut être invoquée s'agissant des faits et actes mettant en jeu la responsabilité personnelle du dirigeant ; qu'en retenant que la démission de M. Oggiano, faute d'avoir été publiée, n'était pas opposable au mandataire social, pour condamner M. Oggiano à supporter partiellement l'insuffisance d'actifs de la société Promoco, la cour d'appel a violé l'article L. 123-9 et L. 210-9 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

4. L'arrêt relève que M. Celeri, ès qualités, *a contesté la démission alléguée*. Il ajoute que postérieurement à celle-ci, réalisée le 6 août 2009 sur papier libre et non publiée, M. Oggiano a

¹[Com., 20 juin 1995, pourvoi n° 93-12.810, Bull. 1995, IV, n° 187](#) [Com., 26 mai 1999, pourvoi n° 96-16.126](#)

² [Com., 27 novembre 2019, pourvoi n° 17-26.634](#)

représenté, en qualité de représentant légal, la société aux audiences des 20 février et 14 mai 2012, comparaisant assisté d'un conseil à la seconde, que le rapport du juge-commissaire du 27 janvier 2012 indique qu'il s'est présenté « avec Maître Ferrari », ce qui implique qu'il était là en personne, et que l'ordonnance du 11 avril 2014 du président du tribunal de commerce ne parle de son absence que pour les audiences des 12 septembre, 17 octobre et 19 décembre 2011, sans viser les audiences ultérieures. Il constate que le procès-verbal d'inventaire invoqué par M. Oggiano n'indiquait pas à quel titre M. Astolfi intervenait, qu'il n'est pas démontré que le rapport de synthèse produit par M. Oggiano, destiné au juge-commissaire, ait été effectivement communiqué à ce magistrat, faute de date, signature et de tout élément permettant d'établir un dépôt effectif à la juridiction, et que ce n'est que le 11 avril 2014 que l'intéressé a déclaré ne plus être gérant de la société, le jugement du 2 juin 2014 faisant apparaître que, dans la citation à comparaître du 11 mars 2014, M. Oggiano avait déclaré être le représentant légal de la société. De ces constatations et appréciations et abstraction faite des motifs critiqués par le moyen, **la cour d'appel a pu déduire que M. Oggiano était toujours dirigeant de droit à la date à laquelle le tribunal statuait, ce qui permettait de le rechercher, en cette qualité, sa responsabilité pour insuffisance d'actif.**

5. Le moyen est donc inopérant.

Le directeur général délégué d'une société anonyme est un dirigeant de droit :

[Com., 5 mai 2021, pourvoi n° 19-23.575](#)

6. Contrairement à ce que postule le moyen, il résulte des articles L. 225-53 et L. 225-56, II, du code de commerce que **le directeur général délégué d'une société anonyme, qui est chargé d'assister le directeur général et dispose de pouvoirs dont l'étendue est déterminé par le conseil d'administration, a la qualité de dirigeant de droit au sens de l'article L. 651-2 du même code**, de sorte qu'il engage sa responsabilité pour les fautes de gestion commises dans l'exercice des pouvoirs qui lui ont été délégués.

Les dirigeants de la SAS (en fonctions des prérogatives définies par les statuts) sont également des dirigeants de droit :

[Com., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-12.444](#)

Mais attendu qu'il résulte de l'arrêt que, pour la période antérieure au 2 avril 2007, M. Delcourt, président du conseil d'administration, la société Finadvance associés, représentée par M. Gillot, et la société Interges, elle-même représentée par M. Leclerc, avaient la qualité de dirigeants de droit de la société Intergestion, alors société anonyme, tandis que pour la période postérieure, où cette société avait été transformée en une société par actions simplifiée, les statuts de cette dernière prévoyaient que la société était dirigée et administrée par un président et un ou plusieurs directeurs généraux, l'assemblée générale extraordinaire du 2 avril 2007 ayant désigné la société Interges comme président d'Intergestion ; que l'article L. 227-7 du code de commerce disposant que les dirigeants de la personne morale nommée présidente d'une société par actions simplifiée encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité de la personne morale qu'ils dirigent, c'est sans méconnaître les textes invoqués que la cour d'appel a statué comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

En revanche, il est nécessaire que l'on soit dans le cadre du dirigeant d'une personne morale ; ce n'est donc pas un régime applicable à l'entrepreneur individuel

[Com., 8 avril 2021, pourvoi n° 19-23.540](#)

Vu les articles L. 651-2 du code de commerce et 1240 du code civil :

4. Il résulte de la combinaison de ces textes que le liquidateur d'un entrepreneur individuel mis en liquidation judiciaire ne peut rechercher la responsabilité de celui-ci, à raison d'une faute antérieure à l'ouverture de la procédure collective, que sur le fondement du droit commun.

5. Pour écarter l'action en responsabilité dirigée contre M. Chevalier par le liquidateur, l'arrêt retient que le droit des procédures collectives ouvrant à ce dernier une action spéciale pour sanctionner les agissements du débiteur ayant pour effet d'appauvrir le gage commun des créanciers ou de porter atteinte à leur égalité, son action fondée sur la théorie de l'abus de droit ou sur l'existence d'une prétendue faute de gestion ne saurait prospérer.

6. En statuant ainsi, en se référant à une action spéciale du droit des procédures collectives, qu'elle ne qualifie pas, et qui, *s'il s'agit de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, ne pouvait pas concerner M. Chevalier, qui n'était pas dirigeant d'une personne morale*, la cour d'appel a violé les textes susvisés

La désignation d'un mandataire ad'hoc est inopérante dès lors que cela ne dessaisit pas le débiteur ([Com., 18 mai 2016, pourvoi n° 14-16.895](#) : *Attendu, en deuxième lieu, qu'après avoir exactement énoncé que la désignation d'un mandataire ad hoc, qui ne prive pas le dirigeant de la société débitrice de l'exercice de ses pouvoirs, ne le dispense pas de ses obligations, l'arrêt retient que tous les exercices, depuis 2007 jusqu'à la déclaration de cessation des paiements en 2011, ont connu une baisse régulière de chiffre d'affaires et une perte d'exploitation et qu'en poursuivant ainsi une activité déficitaire, M. Burckbuchler a commis une faute de gestion ; que par ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer la recherche, inopérante, invoquée par la deuxième branche, a légalement justifié sa décision ;*), et qu'en tout état de cause cette désignation est bien postérieure au délai.

[Com, 8 juillet 2003, pourvoi n° 00-15.919, Bulletin civil 2003, IV, n° 129](#) : *L'ouverture d'une procédure de règlement amiable prévue à l'article L. 611-3 du code de commerce ne dispense le dirigeant ni de procéder à la déclaration de la cessation des paiements lorsque ses conditions sont réunies ni d'être sanctionné ou condamné au paiement des dettes sociales pour y avoir procédé tardivement.*

1.1.2 - Le dirigeant de fait

La notion de dirigeant de fait est parfois difficile à appréhender ; selon la jurisprudence, elle suppose l'accomplissement :

- 1 - en toute indépendance,
- 2 - d'actes positifs de gestion et de direction³.

Il faut que les actes soient positifs : le seul fait que ni les gérants de droit successifs ni l'employé n'aient accompli d'acte de gestion, utilisé la signature sociale ni engagé la société est insuffisant à qualifier cette qualité⁴.

Quelques exemples (éléments tirés du jurisclasser procédures collectives) :

- le pouvoir de négocier et signer des contrats engageant la société (Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-17.558),
- le fait de détenir des procurations bancaires (Cass. com., 10 mars 2004, n° 01-10.015),
- l'établissement des documents comptables (Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-19.711),
- le pouvoir de direction du personnel (Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-16.296 : JurisData n° 2006-034383),

³ [Com., 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-23.649](#)

⁴ [Com., 12 juillet 2005, pourvoi n° 02-19.860, Bull. 2005, IV, n° 169](#)

- le fait d'être l'interlocuteur des créanciers, des salariés, du fisc, des comptables (Cass. com., 18 janv. 2005, n° 03-10.123. – Cass. com., 23 mai 2006, n° 05-11.989; Bull. civ. IV, n° 125. – Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-23.600),
- la perception d'une rémunération supérieure à celle du dirigeant de droit (Cass. com., 28 janv. 2004, n° 01-11.467).

Sont en revanche insuffisants :

- la simple signature d'un chèque, le seul fait d'avoir traité des contrats ou de réclamer une indemnité égale à celle du dirigeant de droit (Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-20.355).
- l'accomplissement d'actes conservatoires (Cass. com., 3 juill. 2007, n° 06-10.803), ou le fait de cautionner un emprunt (Cass. com., 24 avr. 2007, n° 04-10.050)

Qu'en est-il en cas de lien de dépendance économique (contrat de concession)

Com., 19 mai 2021, pourvoi n° 19-25.286, 20-14.112

9. En premier lieu, l'arrêt relève que si la société Renault avait exercé des actes de contrôle de la société Sealynx, laquelle lui avait transmis des éléments chiffrés, des documents financiers et ses comptes 2008, et avait envoyé auprès d'elle l'un de ses salariés, avait planifié une conférence téléphonique et mis en place un suivi mensuel de sa trésorerie, et si un courriel du 30 juillet 2010 montrait que la société Renault s'était intéressée aux dettes « leasing et CCF » ainsi qu'aux délais de règlement des clients IBC et Ford, il n'était pas démontré d'instructions à ce sujet, les dirigeants de droit de la société étant informés de ces démarches et la preuve n'étant pas rapportée que les réunions entre la société Renault et l'actionnaire de la société Sealynx se soient tenues hors leur présence. Il relève encore que la société Renault n'a été qu'associée aux négociations avec un fournisseur, comme le montre un courriel du 21 janvier 2009, et que, s'agissant du projet de reprise de la société Sealynx et de la clause de portage, un courriel du 13 novembre 2008 et une lettre du 19 janvier 2010 démontrent que les dirigeants conservaient une certaine indépendance d'action.

10. En second lieu, outre l'absence d'indépendance de la société Renault dans ses actes relatifs aux « pilotage de la trésorerie » et « des projets de reprise de la société Sealynx » et de la clause de portage, dans ses interventions vis-à-vis des fournisseurs, ainsi que dans la gestion de la politique sociale de cette société, l'arrêt relève qu'aucune instruction émanant de la société Renault n'est démontrée s'agissant des dettes « leasing et CCF », que la société Renault n'était pas intervenue directement auprès de tiers et n'a pas décidé de payer certains contractants au lieu et place de la société Sealynx, qu'il n'est pas rapporté la preuve qu'elle ait imposé ou recruté des salariés au lieu et place de cette même société, que le suivi de la trésorerie mis en place ne l'avait été que pour anticiper les besoins de trésorerie du fournisseur et répartir les fonds issus des engagements de hausse des prix, et que la société Renault n'avait pris une part active dans le processus de reprise de la société Sealynx qu'en tant que constructeur, pour envisager les modalités d'une poursuite des relations d'affaires avec les éventuels repreneurs. Il en déduit que les agissements de la société Renault auprès de la société Sealynx n'ont consisté qu'en des contrôles, recommandations, demandes ou exigences, ne révélant qu'un rapport de subordination économique du fournisseur vis-à-vis de son client, dans le cadre de conventions où le constructeur prenait, en cette qualité et dans son propre intérêt, des décisions ayant des conséquences pour le fournisseur.

11. De ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'a pas subordonné la reconnaissance de la qualité de dirigeant de fait à l'éviction des dirigeants de droit et qui n'a pas davantage dissimulé les interventions de la société Renault, a pu déduire que les actes reprochés à celle-ci ne caractérisaient pas des actes de gestion ou de direction de sa part exercés en toute indépendance, de sorte qu'elle n'avait pu être dirigeante de fait de la société Sealynx.

12. Le moyen n'est donc pas fondé.

1.1.3 - Pas de différence de traitement pour le gérant non rémunéré

[Com., 9 décembre 2020, pourvoi n° 18-24.730](#)

5. La cour d'appel a énoncé à bon droit que l'article 1992, alinéa 2, du code civil, selon lequel la responsabilité générale du mandataire est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit, ne concerne pas la situation du dirigeant d'une personne morale en liquidation judiciaire poursuivi en paiement de l'insuffisance d'actif de celle-ci sur le fondement de l'article L. 651-2 du code de commerce, *la responsabilité de ce dirigeant s'appréciant, sur le fondement de ce texte spécial, de la même manière, qu'il soit rémunéré ou non.*

1.2 – Une action en responsabilité :

Si l'on parle de responsabilité pour insuffisance d'actif, c'est qu'on retrouve bien les caractéristiques traditionnelles du régime de responsabilité ; mais c'est aussi un régime de responsabilité qui est adapté au regard de sa nature particulière de sanction.

1.2.1 – Un régime de responsabilité

Puisque c'est une action en responsabilité, on retrouve les 3 éléments habituels (faute, lien de causalité et préjudice).

- Le préjudice : l'insuffisance d'actif

De façon inhabituelle, il est préférable de commencer par le préjudice car c'est une condition préalable de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Il est indispensable de la constater :

Il ne peut être déduit de l'état de cessation des paiements de la société, constitué par l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, la preuve de l'existence d'une insuffisance d'actif, laquelle s'apprécie au regard de la situation globale du passif et de l'actif de la société à la date à laquelle le dirigeant a cessé ses fonctions⁵ ; il est ainsi nécessaire de préciser le montant de l'insuffisance d'actif à la date à laquelle la condamnation est prononcée, la condamnation du dirigeant ne pouvant excéder ce montant⁶.

C'est parfois difficile au regard des éléments produits, notamment par le liquidateur qui supporte sur ce point la charge de la preuve. Il est particulièrement nécessaire de rechercher si un actif a été réalisé ou est réalisable, et en tout cas, de ne pas oublier de le déduire.

[Com., 17 février 2021, pourvoi n° 16-27.541](#)

Vu l'article L. 651-2 du code de commerce :

5. En application de ce texte, le montant de la condamnation du dirigeant d'une personne morale mise en liquidation judiciaire, ne peut excéder celui de l'insuffisance d'actif.

6. Pour condamner M. Lubat à payer la somme de 166 926,11 euros au titre de sa responsabilité pour insuffisance d'actif, l'arrêt relève que la reddition des comptes fait ressortir un actif réalisé de 14 295 euros tandis que le montant du passif vérifié s'élève à 166 926,11 euros.

⁵ [Com., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-10.117](#), [Com., 24 janvier 2018, pourvoi n° 15-26.810, 16-17.803](#)

⁶ [Com., 27 juin 2006, pourvoi n° 05-11.690](#), [Com., 30 juin 2015, pourvoi n° 13-28.537](#)

7. En statuant ainsi, alors que, pour calculer le montant de l'insuffisance d'actif, elle devait déduire du montant du passif celui de l'actif réalisé, dont elle relevait elle-même l'existence et le montant, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé.

Il n'y a toutefois pas lieu, pour apprécier la faute de gestion du dirigeant, de rechercher les conditions dans lesquelles le liquidateur a réalisé les actifs de la société débitrice, les éventuels manquements du liquidateur n'étant pas de nature à exonérer le dirigeant de son obligation de contribuer à l'insuffisance d'actif constatée :

Com., 1 juillet 2020, pourvoi n° 19-11.849 Rapport Vallansan: Pour rejeter la demande de condamnation de M. Macario à contribuer à l'insuffisance d'actif, l'arrêt énonce, d'abord, que l'existence de cette insuffisance doit être constatée par référence à la gestion du dirigeant antérieure au jugement d'ouverture et s'apprécier à la date de cessation de ses fonctions. L'arrêt retient, ensuite, qu'il résulte de la liste des créances antérieures au jugement d'ouverture que le passif admis s'élevait à cette date à la somme totale de 425 019,65 euros. Après avoir énoncé que l'actif de la société doit s'apprécier à la date d'ouverture de la liquidation judiciaire, sauf à établir que la diminution notable de la valeur des actifs entre le jugement d'ouverture et la vente de ceux-ci aux enchères publiques serait due à la faute de gestion de M. Macario qui aurait omis d'assurer les biens de la société contre l'incendie, l'arrêt retient encore qu'à cette date, les stocks de sciage sur parc à bois avaient une valeur de retrait de 822 050 euros, à laquelle s'ajoutait la valeur du stock de bois sous hangar de 1 094 807 euros, que si une partie des stocks a été détruite dans l'incendie de septembre 2014, le stock subsistant après ce sinistre était encore estimé à une valeur de retrait de 822 050 euros, et que la vente aux enchères publiques de ce stock a rapporté la somme de 66 073,23 euros, ce qui est très éloigné de la valeur estimée après l'incendie. L'arrêt en déduit qu'il n'existait aucune insuffisance d'actif à la date d'ouverture de la liquidation judiciaire.

6. En statuant ainsi, alors que, M. Macario étant le dirigeant de la société débitrice en fonction à la date du jugement d'ouverture, l'existence et ***le montant de l'insuffisance d'actif devaient être appréciés au jour où elle statuait***, sans tenir compte des conditions dans lesquelles le liquidateur avait réalisé les actifs de la société, ***dès lors que ses éventuels manquements à ce titre n'étaient pas de nature à exonérer le dirigeant de son obligation de contribuer à l'insuffisance d'actif constatée, la cour d'appel a violé le texte susvisé.***

Le passif ne peut inclure que des dettes antérieures au jugement d'ouverture et existantes à la date à laquelle le dirigeant a cessé ses fonctions (point très important qui donne lieu à de nombreuses cassations).

Com., 7 octobre 2020, pourvoi n° 19-14.291

Vu l'article L. 651-2 du code de commerce :

10. Seules des dettes nées avant le jugement d'ouverture peuvent être prises en compte pour la détermination de l'insuffisance d'actif.

11. Pour fixer à 72 837,13 euros la part de l'insuffisance d'actif mise à la charge de M. Oggiano, l'arrêt retient que ce montant est fixé à dix pour cent de celui de l'insuffisance d'actif, lequel s'établit à la somme de 728 371,30 euros, résultant, selon motifs adoptés, du passif arrêté à la date du jugement d'ouverture, le 16 janvier 2012, puis généré jusqu'au prononcé de la liquidation judiciaire au cours de la période d'observation, le 21 janvier 2013.

12. En se déterminant par de tels motifs, ne permettant pas de savoir si l'insuffisance d'actif avait été déterminée en ne tenant compte que du passif né avant le jugement d'ouverture de la procédure collective, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Com., 12 janvier 2022, pourvoi n° 20-19.494

Vu l'article L. 651-2 du code de commerce :

11. En application de ce texte, l'insuffisance d'actif doit exister à la date à laquelle le dirigeant a cessé ses fonctions pour que sa responsabilité puisse être engagée de ce fait.

12. Pour condamner solidairement M. Pouydebat et Mme Pouydebat à payer au liquidateur la somme de 700 000 euros au titre de l'insuffisance d'actif de la société Laroche Peltier, l'arrêt relève que sur le passif déclaré les créances rejetées s'élèvent à 770 823,96 euros, le total des créances contestées à 17 382,58 euros, et le passif définitivement admis à 6 017 471,11 euros, l'actif réalisé s'élevant à 957 929,39 euros de sorte que l'insuffisance d'actif s'élève à 5 059 541,72 euros, ce dont le liquidateur a rapporté la preuve.

13. En se déterminant ainsi, *sans préciser si l'insuffisance d'actif existait à la date de cessation des fonctions de dirigeant de M. et Mme Pouydebat, soit au plus tard le 15 mars 2007, date à laquelle la société Oxalis, qui présidait la société Laroche Peltier et dont ces derniers avaient été respectivement président et directeur général, puis gérant pour M. Pouydebat, avait cessé ses fonctions*, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

[Com., 16 juin 2021, pourvoi n° 19-16.359](#)

Vu l'article L. 651-2 du code de commerce :

4. En application de ce texte, l'insuffisance d'actif doit exister à la date à laquelle le dirigeant a cessé ses fonctions pour que sa responsabilité puisse être engagée de ce fait.

5. Pour condamner M. Arnold à payer au liquidateur la somme de 300 000 euros au titre de l'insuffisance d'actif de la société Concept Immotec, l'arrêt relève que l'existence d'une insuffisance d'actif de cette société n'a pas été remise en cause par M. Arnold, qu'aucun actif n'a pu être recouvré en l'état de l'abandon des chantiers en cours par la société à compter du mois d'octobre 2013 et du détournement du matériel par M. Slon, après le 27 janvier 2014, et que, s'agissant du passif, celui-ci est constitué d'un passif fiscal relatif à un rappel de TVA d'un montant de 84 254 euros pour l'année 2010, et à un rappel de TVA d'un montant 139 203 euros et un rappel d'impôt sur les sociétés d'un montant de 29 812 euros pour les années 2011 et 2012.

6. En se déterminant ainsi, sans préciser si l'insuffisance d'actif existait le 28 février 2012, date à laquelle M. Arnold avait cessé ses fonctions, la cour d'appel a privé sa décision de base légale

[Com., 24 mars 2021, pourvoi n° 20-10.677](#)

Vu l'article L. 651-2 du code de commerce :

4. Il résulte de ce texte que l'insuffisance d'actif doit exister à la date de la cessation des fonctions du dirigeant dont la responsabilité est recherchée.

5. Pour condamner M. Rassouli-Rashti à contribuer à l'insuffisance d'actif de la société Stone, l'arrêt constate que l'état des créances tel qu'arrêté par le juge-commissaire le 27 juin 2017 présente un passif définitif de 341 00,68 euros, dont 261 825 euros de créances de TVA, tandis que la société n'a aucun actif significatif, son bail ayant été résilié. Il retient encore que pendant sa gestion, M. Rassouli-Rashti n'a pas provisionné les sommes réclamées par l'administration fiscale à la suite d'avis de mise en recouvrement que le dirigeant n'avait contestés que sur la procédure et non sur le fond, bien qu'avisé dès le 12 juillet 2010 de la volonté de l'administration fiscale de reprendre la procédure, ce qui avait entraîné un passif significatif, qu'il n'a pas procédé à une déclaration de cessation des paiements dès le début 2012, ce qui aurait permis d'étudier un plan de redressement de la société et cependant qu'un plan de cession restait possible, qu'ainsi que le révélait le rappel important de TVA opéré, des recettes avaient été dissimulées ce qui avait appauvri la société puisqu'elles n'avaient pas été retrouvées dans l'actif tandis qu'à l'inverse le dirigeant se constituait un patrimoine immobilier important, que des cotisations URSSAF et de retraite n'avaient pas été réglées en 2011 et 2012, ainsi que les honoraires de l'expert comptable pour 25 350 euros et qu'il résultait des comptes de l'exercice 2010 que les capitaux propres étaient inférieurs de plus de moitié à l'actif net, sans que des mesures de redressement aient été opérées. Il retient enfin que ces fautes ont contribué à l'aggravation du passif de la société Stone, l'inaction du dirigeant ayant entraîné la perte

des actifs et la dissimulation de ventes de marchandises éludant la TVA ayant généré une perte de recettes contribuant à la création d'un passif important relatif aux droits éludés et aux pénalités appliquées.

6. En se déterminant ainsi, sans rechercher si une insuffisance d'actif existait déjà au 20 février 2014, date à laquelle M. Rassouli-Rashti avait cessé ses fonctions, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle.

[Com., 5 mai 2021, pourvoi n° 19-18.207, 19-19.473](#)

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 651-2 , alinéa 1er, du code de commerce , dans sa rédaction issue de la loi du 9 décembre 2016 :

6. Selon ce texte, 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 en 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. Toutefois, en cas de démission du dirigeant, sa responsabilité ne peut être engagée que s'il existait une insuffisance d'actif à la date de la cessation de ses fonctions.

7. Pour condamner M. Chalard à supporter une partie de l'insuffisance d'actif de la société GSG, l'arrêt retient que le liquidateur verse aux débats un état des créances établi le 24 août 2018 faisant ressortir un passif de 1 957 394,12 euros, constitué pour partie de dettes provenant du plan de sauvegarde, et que le passif résultant de dettes apparues entre le 13 octobre 2014, date de l'ouverture du redressement judiciaire, et la conversion de la procédure en liquidation judiciaire ne doit pas être pris en considération pour apprécier l'insuffisance d'actif. Il retient encore que le passif est de 1 644 103,29 euros et que, si des actifs ont été réalisés, l'insuffisance d'actif s'élève au minimum, telle que chiffrée par le liquidateur, à 1 193 858,70 euros.

8. En se déterminant ainsi, sans préciser si l'insuffisance d'actif existait le 22 novembre 2013, date à laquelle M. Chalard avait cessé ses fonctions, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

[Com., 5 mai 2021, pourvoi n° 19-23.575](#)

16. La condamnation d'un dirigeant sur le fondement du texte susvisé est subordonnée à l'existence d'une insuffisance d'actif certaine, laquelle détermine le montant maximal de la condamnation susceptible d'être prononcée.

17. Pour condamner M. Baptista à payer au liquidateur de la société Aurelia Maussane la somme de 100 000 euros au titre de la responsabilité pour insuffisance d'actif, l'arrêt se borne à relever l'existence de fautes de gestion et la qualité de dirigeant de M. Baptista au sein de cette société.

18. En statuant ainsi, sans préciser, au jour où elle statuait, le montant de l'insuffisance d'actif constatée dans la procédure collective de la société Aurelia Maussane, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

- La faute (de gestion)

C'est le cœur de l'action en responsabilité, sur lequel on peut avoir tendance à s'attarder, mais qui ne doit pas faire oublier les autres éléments qui sont aussi indispensables.

La principale évolution depuis ces dernières années concerne l'exclusion, par la loi du 9 décembre 2016, de la faute de négligence.

Pour mémoire, en l'absence de disposition contraire prévue par elle, la loi du 9 décembre 2016, qui écarte, en cas de simple négligence dans la gestion de la société, la responsabilité du dirigeant au

titre de l'insuffisance d'actif, est applicable immédiatement aux procédures collectives en cours et aux instances en responsabilité en cours⁷ (hypothèse qui ne devrait en tout état de cause plus se rencontrer compte tenu du délai de prescription de 3 ans).

La multiplicité des fautes peut permettre d'exclure la négligence :

[Com., 26 février 2020, pourvoi n° 18-24.188](#)

Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 28 juin 2018), que la société Sud coquillages marée, qui était dirigée par M. Cervera, a bénéficié, le 23 juillet 2012, d'une procédure de sauvegarde, convertie en liquidation judiciaire le 25 mars 2013, la société Pellier Molla étant désignée liquidateur ; que ce dernier a assigné M. Cervera en responsabilité pour insuffisance d'actif ;

Attendu que M. Cervera fait grief à l'arrêt de le condamner au titre de l'insuffisance d'actif alors, selon le moyen, que la responsabilité du dirigeant de droit ou de fait au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée en cas de simple négligence dans la gestion de la société ; que ce principe édicté par l'article L. 651-2 du code de commerce issu de la loi du 9 décembre 2016 est immédiatement applicable aux procédures collectives en cours et aux instances en responsabilité en cours ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 651-2, alinéa 1er du code de commerce ;

Mais attendu que si c'est à tort que l'arrêt retient que la loi du 9 décembre 2016 écartant la responsabilité pour insuffisance d'actif en cas de simple négligence dans la gestion de la société n'était pas applicable en la cause, il n'encourt pas pour autant la censure dès lors qu'il relève que M. Cervera a adopté une politique de fuite en avant en constituant une trésorerie par le non-règlement ou l'allongement des délais de paiement des fournisseurs et le non-paiement des dettes sociales et fiscales, qu'il n'a prêté aucune attention à la gestion des comptes clients, prorogeant les délais de paiement sans effectuer les relances qui s'imposaient, qu'il a eu recours, de manière croissante, à des prestations facturées par une société dont il était également le dirigeant et qu'il a participé à une distribution de dividendes contraire à l'intérêt social ; que ces constatations et appréciations font ressortir que les fautes reprochées à M. Cervera ne constituaient pas que de simples négligences dans la gestion de la société ; que le moyen est inopérant ;

Il est indispensable de la caractériser précisément : l'existence de fautes de gestion pour caractériser les conditions d'application de ce texte ne peut se déduire de la seule importance du passif⁸.

C'est une notion autonome, de sorte qu'une relaxe sur le plan n'est pas nécessairement exclusive d'une faute de gestion : la décision du juge répressif, qui se borne à constater l'absence d'intention frauduleuse, ne prive pas le juge civil du pouvoir d'apprécier les faits qui lui sont soumis ; le contentieux pénal ayant pour fondement le délit de banqueroute de l'article L. 626-2 du code de commerce et l'action en comblement du passif les fautes de gestion même légères d'imprudence ou encore d'abstention de l'article L. 651-2 du code de commerce, la relaxe du délit de banqueroute n'a pas autorité de chose jugée sur les fautes invoquées par le liquidateur⁹

- Les fautes doivent être antérieures à l'ouverture de la procédure collective

[Com., 24 mars 2021, pourvoi n° 19-21.471](#)

4. Il résulte de ce texte que seules des fautes de gestion antérieures à l'ouverture de la procédure collective peuvent être prises en compte pour engager la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant fautif.

⁷ [Com., 5 décembre 2018, pourvoi n° 17-22.011](#), [Com., 5 septembre 2018, pourvoi n° 17-15.031](#)

⁸ [Com., 19 janvier 1993, pourvoi n° 91-12.365](#), [Bulletin 1993 IV N° 18](#)

⁹ [Com., 1 février 2011, pourvoi n° 09-72.695](#)

5. Pour condamner M. Brao au titre de l'insuffisance d'actif, l'arrêt relève que la société n'a pas réglé la TVA du mois d'octobre 2013, la CFE de 2013, la taxe des ordures ménagères de 2013 ni les cotisations retraite 2013 de Klesia retraite et Klesia retraite Arrco, et que la société K et L, en conservant ces sommes, a bénéficié d'une trésorerie artificielle.

6. En se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser, en l'absence de précisions sur les dates d'exigibilité de ces créances, leur antériorité par rapport au jugement d'ouverture du 14 octobre 2013, la cour d'appel, a privé sa décision de base légale.

Typologie des fautes de gestion (tirée de [Rapport S. Barbot](#) sous [Com., 14 juin 2017, pourvoi n° 16-11.513](#))

1 - Le retard mis à déclarer la cessation des paiements,

L'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal, susceptible de constituer une faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du code de commerce, s'apprécie au regard de la seule date de la cessation des paiements fixée dans le jugement d'ouverture ou dans un jugement de report¹⁰.

Sur ce point, un arrêt important est intervenu récemment pour concilier cette faute traditionnelle avec l'exclusion de la seule négligence :

Com., 3 février 2021, pourvoi n° 19-20.004

3. Le liquidateur fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à ce que M. et Mme Desprez supportent l'insuffisance d'actif de la société Lorraine DA, alors « que l'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal ne peut constituer une simple négligence du dirigeant qu'à la condition que celui-ci ait pu ignorer la cessation des paiements ; qu'en considérant que la simple négligence du dirigeant ne pouvait être écartée après avoir relevé que le résultat de l'exercice de société sur les quinze derniers mois était déficitaire de 122 350 euros, qu'avait été établi un dossier prévisionnel de développement afin de résoudre les difficultés financières de la société, ce qui démontre la volonté du gérant de chercher une solution, et qu'il a ensuite été procédé à la vente de 80 % du fonds de commerce et que 60 000 euros ont été versés afin d'augmenter le capital social, aux fins d'apurer la situation financière de la société, alors que ces circonstances démontraient au contraire la connaissance de la situation de cessation de paiements par le dirigeant, la cour d'appel a violé les articles L. 640-4 et L. 651-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016. »

Réponse de la Cour

4. L'article L. 651-2 du code de commerce, qui permet, lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, à un tribunal, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, de décider que le montant en 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, écarte cette faculté en cas de simple négligence du dirigeant dans la gestion de la société, sans réduire l'existence d'une simple négligence à l'hypothèse dans laquelle le dirigeant a pu ignorer les circonstances ou la situation ayant entouré sa commission.

5. Le moyen, qui postule que l'omission de la déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal ne peut constituer une simple négligence du dirigeant qu'à la condition que celui-ci ait pu ignorer cet état, n'est donc pas fondé.

2 - la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire

¹⁰ [Com., 4 novembre 2014, pourvoi n° 13-23.070, Bull. 2014, IV, n° 164](#), [Com., 10 mars 2015, pourvoi n° 12-16.956, Bull. 2015, IV, n° 44](#) [Com., 20 avril 2017, pourvoi n° 15-19.465](#) [Com., 28 juin 2017, pourvoi n° 14-29.936](#) [Com., 15 novembre 2017, pourvoi n° 15-28.208](#), [Com., 4 juillet 2018, pourvoi n° 14-20.117](#)

La faute de gestion consistant, pour un dirigeant social, à poursuivre une exploitation déficitaire n'est pas subordonnée à la constatation d'un état de cessation des paiements¹¹.

La poursuite d'une activité déficitaire durant une longue période, à défaut pour le dirigeant de prendre les mesures propres à rétablir la situation financière de la société débitrice soit en appelant de la trésorerie supplémentaire, soit en cessant immédiatement l'activité afin d'éviter d'accroître le passif, est constitutive d'une faute de gestion¹²

Un arrêt récent :

[Com., 17 juin 2020, pourvoi n° 18-24.100](#)

Mais attendu, d'une part, que s'agissant de la poursuite d'une activité déficitaire, l'arrêt relève que, dès 2004, le résultat d'exploitation était très déficitaire et le solde du compte courant débiteur, en dépit de cessions d'immobilisations, que les signaux d'alerte s'étaient multipliés en 2005 en raison du rejet de chèques sans provision dépassant le découvert autorisé, du refus de toute ouverture de crédit au profit de la société par son établissement de crédit et des préoccupations dont le commissaire aux comptes, menaçant en 2006 d'émettre des réserves sur les comptes de l'exercice suivant et envisageant d'engager une procédure d'alerte la même année, avait fait part à plusieurs reprises au dirigeant, lequel était expérimenté dans le domaine des affaires ; que s'agissant des manquements du directeur de la société Servial aux règles d'hygiène, la cour d'appel a retenu que le comportement du dirigeant démontrait sa volonté manifeste de faire des économies en congelant des produits, les faits s'étant déroulés pendant deux ans et ayant persisté ; que par ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui ne s'est pas bornée à relever que le dirigeant n'avait pas pris les mesures de restructuration nécessaires ni réagi aux manquements du directeur de la société Servial aux règles d'hygiène, a caractérisé les fautes de gestion de M. Darcel, excédant une simple négligence ;

Et attendu, d'autre part, qu'ayant ainsi constaté l'ancienneté et l'ampleur des déficits et la multiplication des signaux d'alerte au cours de l'année 2005, la cour d'appel, qui ne s'est pas bornée à relever que M. Darcel avait poursuivi l'activité de la société Servial en connaissance des résultats déficitaires sans justifier de mesures de restructuration sérieuse pour remédier à cette situation, a légalement justifié sa décision ;

3 - L'absence d'outils de gestion fiables permettant à la société d'appréhender la situation économique et financière exacte et, en conséquence, de prendre en temps utile les mesures de redressement qui s'imposent

-à rapprocher de l'absence, l'insuffisance ou le défaut de sincérité de la comptabilité

Constitue au sens de l'article L.651-2 du code de commerce une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif le défaut de tenue d'une comptabilité régulière et conforme aux dispositions légales, privant ainsi le dirigeant du moyen de percevoir l'évolution réelle de la situation financière de la société et de contrôler la rentabilité ou de déceler les difficultés que celle-ci ne pouvait plus surmonter¹³.

Il est là aussi nécessaire de caractériser en quoi ces comportements excèdent la simple négligence :

[Com., 17 juin 2020, pourvoi n° 18-18.321](#) :

¹¹ [Com., 25 octobre 2017, pourvoi n° 16-17.584 Rapport, Com., 27 avril 1993, pourvoi n° 91-14.204, Bulletin 1993 IV N° 151](#)

¹² [Com., 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.566, Com., 16 octobre 2001, pourvoi n° 98-12.568, Bull. 2001, IV, n° 167](#)

¹³ [Com., 6 mars 2019, pourvoi n° 17-26.495, Com., 19 mai 2015, pourvoi n° 14-10.348](#)

5. Pour condamner M. Furnon à contribuer à l'insuffisance d'actif, l'arrêt relève que la comptabilité n'était pas tenue régulièrement et ce, au détriment des créanciers et que M. Laurent, gérant de la société, était responsable de ces irrégularités. Il relève également que M. Furnon était encore co-gérant de la société au moment de ces faits et qu'il y a lieu de confirmer le jugement pour ce qui concerne sa responsabilité, étant précisé que ces fautes de gestion ont nécessairement été à l'origine d'une partie de l'insuffisance d'actif, en privant le dirigeant d'un outil de contrôle de la situation financière de l'entreprise.

6. En se déterminant par de tels motifs, impropres à caractériser, à la charge personnelle de M. Furnon, des fautes qui ne soient pas de simples négligences dans la gestion de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

4 - L'inobservation d'obligations légales, notamment fiscales et sociales, ou encore les fautes constituant une infraction pénale :

- absence de déclaration régulière des charges fiscales à l'origine de taxation d'office, avoir fait subir indûment des pénalités et intérêts de retard, et n'avoir pas respecté un plan d'apurement établi par l'administration fiscale, absence de déclaration régulière des charges sociales ayant entraîné des taxations d'office...

Mais dans ce cas il faut caractériser l'irrespect de l'ensemble de la disposition : ainsi en cas de défaut de régularisation de la situation des capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social :

[Com., 8 septembre 2021, pourvoi n° 19-23.187](#)

3. Pour condamner Mme Didier à supporter l'insuffisance d'actif de la société Cabinet Violet et associés, après avoir notamment relevé que l'assemblée générale de cette société, tenue le 10 août 2011, avait constaté que les capitaux propres étaient devenus inférieurs à la moitié du capital social et que celle du 10 août 2011 avait décidé de ne pas dissoudre la société, l'arrêt retient qu'en méconnaissance de l'article L. 223-42 du code de commerce, le capital social n'a pas été réduit ni les capitaux propres reconstitués. Après avoir énoncé que, si la reconstitution appartient aux actionnaires et non aux dirigeants, c'est en revanche à ces derniers de tirer les conséquences d'un défaut de reconstitution, il en déduit que Mme Didier a commis une faute de gestion pour s'en être abstenue.

4. En se déterminant ainsi, *sans dire en quoi consistait précisément la faute de gestion imputée à Mme Didier, quand, en application de l'article L. 223-42, alinéa 2, du code de commerce, elle disposait d'un délai n'expirant qu'à la clôture de l'exercice 2013, deux ans après la constatation des pertes, pour provoquer la régularisation de la situation des capitaux propres* et que, dans l'intervalle, la société ayant été mise en redressement judiciaire, les dispositions du texte précité ne s'appliquaient pas, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

- banqueroute par l'achat en vue de revente au-dessous du cours, emploi de moyens ruineux pour se procurer de fonds, la disposition de biens sociaux dans un intérêt contraire à la société
- abus de biens sociaux : utilisation des moyens de paiement de la société pour des dépenses personnelles en particulier des frais de déplacement).

5 - Les fautes susceptibles de fonder le prononcé d'une faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer (articles L. 653-3 et s. du code de commerce) : le fait de disposer des biens de la personne morale comme des siens propres

6 – Cela peut concerner également des manquements plus larges :

- une incompétence manifeste en matière de gestion : investissement inadaptés ou excessifs, recours massif au crédit pour équiper et faire fonctionner la personne morale, lancement de produit sans étude préalable sur la rentabilité à terme du projet, caractère excessif de la masse salariale, distribution exceptionnelle de dividendes, alors que le passif social n'est pas payé et que l'activité est en baisse.

Le choix, lors de la création de l'entreprise, d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement, peut, à supposer les faits établis, constituer une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif¹⁴

Plusieurs exemples en matière de rapports anormaux entre sociétés :

- La distribution de dividendes

[Com., 8 avril 2021, pourvoi n° 19-23.669](#)

4. Si la décision de distribution des dividendes relève, selon l'article L. 232-12 du code de commerce, de l'assemblée générale des associés, après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, cette assemblée est convoquée par le gérant, tenu, en application de l'article L. 223-26 du même code, de lui présenter un rapport de gestion, l'inventaire et les comptes annuels.

5. Dès lors, c'est M. Avuclu qui, en sa qualité de gérant de la société Avuclu, a provoqué les décisions de distribution de dividendes qu'il a ensuite prises en assemblée générale les 30 mai 2009 et 15 juin 2010, en qualité de représentant légal de la société 4A, associée unique de la société Avuclu.

6. Ayant retenu que les distributions de dividendes intervenues en 2009 et 2010, dans un contexte de baisse du chiffre d'affaires et du bénéfice pour l'exercice 2009 puis de pertes pour l'exercice 2010, avaient eu pour effet de priver la société Avuclu de la majeure partie de ses réserves, l'empêchant d'inscrire les provisions qu'appelaient l'existence de créances douteuses et un important procès l'opposant à une société Royal Green, et que ces distributions ont contribué à l'insuffisance d'actif, par le défaut de paiement en 2010 d'une partie de la dette issue du litige non provisionné et des honoraires du conseil de la société Avuclu, la cour d'appel a pu en déduire que M. Avuclu avait commis une faute de gestion engageant sa responsabilité en application de l'article L. 651-2 du code de commerce .

- La remontée des dividendes par une filiale (LBO)

[Com., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-12.444](#)

Attendu que M. Delcourt fait grief à l'arrêt de dire qu'il a, avec la société Finadvance SA et la société Finadvance associés, en qualité de dirigeant de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société Intergestion et, en conséquence, de le condamner, solidairement avec ces deux sociétés, à payer à la société Pierre Bruart et à Mme Donnais, ès qualités, la somme de 6 530 894 euros au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée alors, selon le moyen, que lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supportée, 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 ; que lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément retenu que l'opération d'acquisition de la société Intergestion avait été effectuée « dans le cadre d'un LBO » impliquant « le remboursement de la dette d'acquisition (¿) par les dividendes versés par la société reprise à la holding qui en détient le contrôle » ; qu'il résultait nécessairement de ces constatations que la société Intergestion n'avait pas d'autre possibilité que d'effectuer le versement des dividendes litigieux ; qu'en retenant néanmoins l'existence d'une faute de gestion résultant de la remontée de dividendes de la société Intergestion vers la société Intergeres, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, a violé l'article L. 651-2 du code de commerce ;

¹⁴ [Com., 19 mars 1996, pourvoi n° 94-12.004, Bulletin 1996 IV n° 91](#)

Mais attendu que la décision de verser les dividendes devant être prise au regard de la situation de l'entreprise et de sa trésorerie, quand bien même ces dividendes devraient être affectés dans le cadre d'une opération de LBO, c'est sans encourir le grief du moyen que la cour d'appel a statué comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

- Piller la trésorerie de filiales pour maintenir l'activité déficitaire

[Com., 7 octobre 2020, pourvoi n° 19-11.418](#)

6. M. Piotrowski fait le même grief à l'arrêt alors « que lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif sont retenues à l'encontre du dirigeant poursuivi sur le fondement de l'article L. 651-2 du code de commerce, chacune d'entre elles doit être légalement justifiée ; que la faute de gestion ne peut se rattacher qu'à la gestion de la société en liquidation judiciaire ou des personnes morales à laquelle la procédure de liquidation a été étendue lorsque le dirigeant poursuivi avait également la qualité de gérant desdites personnes morales ; qu'en retenant des pratiques contraires à la bonne gestion des sociétés filiales auxquelles s'adonnait M. Piotrowski et l'existence d'un procédé courant ayant eu cours chez les filiales de la société Novamonde pour en déduire que M. Piotrowski avait commis une faute de gestion en maintenant l'activité déficitaire de la société Novamonde et de ses filiales et en recourant à des opérations bancaires contraires à l'intérêt économique et financier de ces différentes sociétés, sans même préciser que le comportement imputé à faute concernait bien exclusivement des sociétés auxquelles la procédure de la société Novamonde immobilière avait été étendue et dont M. Piotrowski avait la gérance, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

7. Ayant retenu que M. Piotrowski *pillait la trésorerie des filiales de la société par des prélèvements anticipés lui permettant de maintenir l'activité déficitaire de la société Novamonde et de présenter des comptes ne reflétant pas l'image sincère et fidèle de celle-ci*, la cour d'appel a caractérisé des fautes de gestion imputables à M. Piotrowski dans la gestion tant de la société Novamonde que des filiales auxquelles la liquidation judiciaire a été étendue.

- Paiement préférentiel

En droit, l'appréciation de la faute de gestion résultant d'un paiement préférentiel effectué en période suspecte n'est pas subordonnée à l'exercice préalable de l'action en nullité du paiement¹⁵.

La faute doit être imputable au gérant :

L'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, qui est imputable aux associés, ne constitue pas en soi une faute de gestion dont les dirigeants auraient à répondre¹⁶.

- Le fait que la situation soit antérieurement obérée n'est pas de nature à décharger le gérant de ses obligations (et le liquidateur amiable peut encourir la RIA) :

[Com., 21 octobre 2020, pourvoi n° 18-25.909](#)

7. L'arrêt retient que, si la situation de l'association était obérée avant que Jean-Pierre Marquis n'en soit désigné liquidateur, il a laissé cette situation s'aggraver encore pendant plus d'un an et demi et cette inertie ainsi que son omission à déclarer la cessation des paiements a augmenté le passif. Par ces constatations et appréciations, la cour d'appel a fait ressortir qu'en dépit de son âge et de son état de santé, les fautes de gestion imputées à Jean-Pierre Marquis excédaient la simple négligence, rendant ainsi inopérante la critique de la première branche.

¹⁵ [Com., 11 juin 1996, pourvoi n° 94-16.067, Bulletin 1996 IV n° 169](#)

¹⁶ [Com., 17 juin 2020, pourvoi n° 19-10.341](#)

- Ce n'est par ailleurs pas le simple manque de vigilance :

[Com., 13 avril 2022, pourvoi n° 20-20.137](#) 3. Il résulte de ce texte qu'en cas de simple négligence dans la gestion de la société, la responsabilité du dirigeant au titre de l'insuffisance d'actif est écartée.

4. Pour condamner M. Sportes au titre de sa responsabilité pour insuffisance d'actif, l'arrêt, après avoir constaté que le cocontractant unique de la société CDV avait imposé à cette dernière des investissements destinés à adapter sa capacité de production à ses demandes dans un secteur d'activité et à une période où M. Sportes pouvait légitimement croire à l'expansion de sa société, constate que ce cocontractant a brutalement rompu, à sa seule initiative, leurs relations commerciales, et relève que M. Sportes a manqué de vigilance en engageant la société qu'il dirigeait dans une activité reposant sur un client unique sans trouver le moyen de garantir la pérennité des relations commerciales.

5. En statuant par de tels motifs tirés seulement d'un manque de vigilance de M. Sportes, impropres à établir que celui-ci aurait commis une faute de gestion non susceptible d'être analysée en une simple négligence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

[Com., 20 octobre 2021, pourvoi n° 20-12.692](#)

7. Pour condamner M. Debord au titre de l'insuffisance d'actif de la société, l'arrêt retient, notamment, que la cession d'une convention d'occupation a été conclue seulement quatre mois avant la cessation des paiements et que la contrepartie n'est pas à la disposition de la procédure collective, les fonds provenant de la cession ayant seulement permis, par des opérations comptables exorbitantes du droit des sociétés, de désintéresser deux créanciers.

8. En se déterminant par de tels motifs, impropres à établir que la cession par la société débitrice, plusieurs mois avant la cessation des paiements, du droit d'occupation précaire que le département de la Gironde lui avait consenti, et dont il n'est pas contesté qu'elle avait été autorisée par ce dernier, constituait une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

7 - ou une incurie du dirigeant : passivité (Com. 14/01/1997, n 94-14414) ; abandon de la gestion à un dirigeant de fait (Com. 23/06/1998, n 95-21458) ; absence de surveillance du cogérant qui augmente sa rémunération de façon excessive (Com. 08/10/2003, n 00-20070). Comme en matière pénale, le fait pour un dirigeant de ne pas exercer ses fonctions n'est pas une cause d'exonération. »

[Com., 8 avril 2021, pourvoi n° 19-25.802](#)

4. L'arrêt retient que M. Bertin ne peut se borner à affirmer qu'il n'avait pas connaissance des aspects juridiques, administratifs, comptables et financiers de la société Logiflam et que son désintéret, qu'il revendique, ne retire rien au fait qu'il a été dirigeant de droit de cette société du 14 août 2009 au 2 avril 2015 et, qu'à ce titre il lui appartenait de participer à la gestion, dans tous ses aspects. Il constate qu'il ne pouvait légitimement ignorer que la société avait éprouvé des pertes et que des « cotisations Pro-BTP et URSSAF » étaient en souffrance de longue date. Il relève enfin, que la concomitance entre sa démission de ses fonctions de gérant et la date de dépôt de la déclaration de cessation des paiements indique qu'il était pleinement conscient des difficultés financières de la société et a sciemment omis de procéder à la déclaration de cessation des paiements.

5. En l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui **a fait ressortir que le désintéret de M. Bertin pour la gestion de la société Logiflam et l'omission d'en déclarer l'état de cessation des paiements excédaient la simple négligence**, a légalement justifié sa décision.

[Com., 7 octobre 2020, pourvoi n° 19-14.291](#)

7. L'arrêt retient que M. Oggiano, gérant de droit, s'est désintéressé des affaires de la société, ainsi que cela résulte du fait qu'il a laissé M. Astolfi gérer celle-ci et qu'il s'est abstenu de diligences pertinentes pour la publication de l'assemblée générale et du changement de gérance dont il se prévaut, reconnaissant, lors de la confrontation du 3 février 2014, avoir fait ce qu'on lui demandait, bien qu'il n'ait pu ignorer la

situation pour ne pas avoir contesté les déclaration de M. Astolfi lors de cette confrontation faisant état d' « une petite équipe travaillant en famille » « sans avoir cet aspect juridique [...] à l'esprit ». Ayant ainsi caractérisé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, la faute de gestion qu'elle retenait, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

- Le paiement du compte courant

[Com., 20 octobre 2021, pourvoi n° 20-11.095](#)

6. Pour écarter la faute de gestion de M. Michels, l'arrêt relève que celui-ci a procédé au paiement *de son compte-courant d'associé tandis que les comptes bancaires de la société étaient crédateurs d'une somme supérieure au montant du remboursement.*

7. En statuant par de tels motifs, *impropres à exclure à eux seuls la faute du gérant, à qui le liquidateur reprochait d'avoir procédé au remboursement de son compte courant d'associé en parfaite connaissance des difficultés financières de la société et particulièrement de sa situation de trésorerie, pour privilégier sa situation personnelle*, la cour d'appel, peu important le caractère potestatif qu'elle a attribué à l'article 7 des statuts, dont le refus d'application par elle ne suffisait pas à écarter le caractère fautif du retrait des fonds, dans les circonstances invoquées par le liquidateur, n'a pas donné de base légale à sa décision.

- Le lien de causalité

Il est indispensable de caractériser le lien de causalité pour chacune des fautes.

Application importante en matière de déclaration tardive de la cessation des paiements : la faute tenant à la déclaration tardive de cessation des paiements ne pouvant exister avant l'expiration du délai de quarante-cinq jours pour déclarer, elle ne peut contribuer à accroître qu'une insuffisance d'actif née postérieurement à l'expiration de ce délai¹⁷.

Il faut que le lien soit fait avec l'insuffisance d'actif retenue (et pas avec une autre dette qui n'y serait pas comprise)

[Com., 24 mars 2021, pourvoi n° 19-21.471](#)

Vu l'article L. 651-2 du code de commerce :

8. Selon ce texte, la faute de gestion, pour permettre d'engager la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant, doit avoir contribué à l'insuffisance d'actif.

9. Pour condamner M. Brao au titre de l'insuffisance d'actif, *l'arrêt relève que ce dernier a méconnu la législation du travail en ce qu'il a embauché de nombreux salariés dont le liquidateur a constaté que certains avaient disparu des effectifs sans qu'il ne soit mis fin à leur contrat de travail selon les règles*

¹⁷ [Com., 17 juin 2020, pourvoi n° 18-11.737](#) : Pour retenir la responsabilité de M. Bonora, l'arrêt relève que la déclaration de cessation des paiements du 21 septembre 2009 était tardive au regard de la date de cessation des paiements fixée par le jugement d'ouverture au 15 juillet précédent. Il retient ensuite que cette faute a contribué à accroître l'insuffisance d'actif résultant d'une augmentation considérable du passif pendant la période du 15 juillet au 21 juillet 2009.

6. En statuant ainsi, alors que la faute de M. Bonora n'ayant pu exister avant l'expiration du délai de quarante-cinq jours courant à compter du 15 juillet 2009 dont il disposait pour procéder à la déclaration de cessation des paiements, cette faute, fût-elle établie, ne pouvait avoir contribué à la naissance d'un passif constitué, selon ses constatations, au plus tard le 21 juillet 2009, le délai de déclaration n'étant pas encore expiré à ce moment, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

de droit en vigueur, manquement à l'origine du versement d'indemnités importantes, les avances de fonds faites par le CGEA à hauteur de 737 940,76 euros représentant un tiers du passif.

10. En statuant ainsi, alors qu'elle avait déduit du montant de l'insuffisance d'actif le montant de la créance du CGEA, la cour d'appel, qui n'a pas établi le lien entre la faute qu'elle retenait et l'insuffisance d'actif, a violé le texte susvisé.

Mais cela peut être entendu de façon large, notamment par la privation de réserves anciennes et l'assèchement de la trésorerie

[Com., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-12.444](#)

Attendu que la société Finadvance SA, la société Finadvance associés, M. Gillibert, en qualité d'administrateur judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance associés, et M. de Carrière, en qualité de mandataire judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance associés, font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, qu'un dirigeant social ne peut être condamné à combler les dettes sociales de la société en liquidation judiciaire que s'il est établi un lien de causalité entre la faute de gestion retenue et l'insuffisance d'actif constatée ; qu'en se bornant à relever que la distribution de dividendes est en relation causale directe avec l'insuffisance d'actif, constatée trois ans plus tard, ayant eu pour conséquence de priver la société de réserves anciennes qui auraient pu être affectées en 2009 au règlement des dettes échues, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs impropres à caractériser le lien de causalité entre la distribution de dividendes et l'insuffisance d'actif, privant sa décision base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Mais attendu que ***l'arrêt relève que la faute commise a privé la société de réserves anciennes qui auraient pu être affectées en 2009 au règlement des dettes échues*** ; que la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé le lien de causalité entre la faute qu'elle retenait du fait de la distribution des dividendes et l'insuffisance d'actif, peu important que cette faute précédât de trois ans la constatation de l'insuffisance d'actif, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

1.2.2 – La particularité d'un régime de sanction : la modulation de la sanction pouvant être prononcée

La juridiction qui retient une faute de gestion tient de l'article L.624-3 du code de commerce retenue, le pouvoir de ne pas prononcer de sanction pécuniaire à l'encontre du gérant au motif que celui-ci avait fourni des efforts personnels importants pour tenter de sauver son entreprise, notamment par des apports de fonds personnels et par de multiples démarches accomplies avant de déclarer l'état de cessation des paiements¹⁸.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif diffère d'une action en responsabilité de droit commun en ce que le juge a la faculté, même après avoir retenu l'existence d'une faute de gestion commise par un dirigeant, de ne pas prononcer de condamnation ou de moduler le montant de la condamnation indépendamment du préjudice subi par les créanciers de la société en liquidation judiciaire, ce qui garantit une prise en compte proportionnée des circonstances de chaque espèce¹⁹.

En revanche, le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et qu'il peut être condamné

¹⁸ [Com., 12 mars 2013, pourvoi n° 11-26.135, 12-15.034](#)

¹⁹ [Com., 12 juin 2019, pourvoi n° 17-23.176](#)

à supporter la totalité des dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles²⁰, et sans qu'il y ait lieu de déterminer la part de celle-ci imputable à sa faute²¹.

La proportionnalité

La cour de cassation rappelle régulièrement que la condamnation à supporter l'insuffisance d'actif ayant été prononcée en considération de plusieurs fautes de gestion, la cassation encourue à raison de l'une d'entre elles entraîne, en application du principe de proportionnalité, la cassation de l'arrêt de ce chef. (en dernier lieu [Com., 20 octobre 2021, pourvoi n° 20-12.692](#), [Com., 8 septembre 2021, pourvoi n° 19-23.187](#) [Com., 24 mars 2021, pourvoi n° 19-21.471](#))

Attention : contrairement à ce qui est parfois soutenu, cette question ne se pose qu'au stade de la cassation, dans l'appréciation des fautes qui ont été retenues effectivement par la cour d'appel ; cela ne signifie donc pas que l'absence de constitution d'une des fautes alléguées par le liquidateur entraînerait automatiquement le rejet de sa demande : il faut et il suffit qu'au moins une des fautes de gestion alléguées soit caractérisée.

En revanche, cette jurisprudence a un impact en termes de rédaction : il est nécessaire de bien préciser quelles sont les fautes qui sont effectivement caractérisées de façon à éviter une cassation.

La situation personnelle du dirigeant

C'est inhabituel en matière de responsabilité, mais à la suite de la décision du conseil constitutionnel, cela est un critère qu'il convient de prendre en considération.

Sur ce point, le rapport de Mme Vallansan sous l'arrêt Com., 9 mai 2018, pourvoi n° 16-26.684, Bull. 2018, IV, n° 51 :

« Le conseil constitutionnel n'a toutefois pas abrogé le texte, car la décision est prise à l'issue d'une procédure contradictoire et est justifiée par des motifs soumis au contrôle de la Cour de cassation, que sont le nombre, la gravité des fautes, l'état du patrimoine du dirigeant (Cons. const., 26 sept. 2014, déc. no 2014-415, QPC) :

9. Considérant qu'en permettant au tribunal d'exonérer en tout ou partie les dirigeants fautifs de la charge de l'insuffisance d'actif, le législateur a entendu prendre en compte, d'une part, la gravité et le nombre des fautes de gestion retenues contre eux et l'état de leur patrimoine et, d'autre part, les facteurs économiques qui peuvent conduire à la défaillance des entreprises ainsi que les risques inhérents à leur exploitation ; que ces aménagements aux conditions dans lesquelles le dirigeant responsable d'une insuffisance d'actif peut voir sa responsabilité engagée répondent à l'objectif d'intérêt général de favoriser la création et le développement des entreprises ; 10. Considérant qu'il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, que le montant des sommes au versement desquelles les dirigeants sont condamnés doit être proportionné au nombre et à la gravité des fautes de gestion qu'ils ont commises ; que la décision relative à l'indemnisation est prise à l'issue d'une procédure contradictoire et justifiée par des motifs appropriés soumis au contrôle de la Cour de cassation ; »

²⁰ [Com., 30 novembre 1993, pourvoi n° 91-20.554, Bulletin 1993 IV N° 440](#), [Com., 19 mars 1996, pourvoi n° 93-13.468](#), [Com., 2 mai 2001, pourvoi n° 98-14.146](#), [Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-20.423](#), [Com., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-12.087](#), [Bull. 2005, IV, n° 134](#)

²¹ [Com., 25 mars 2020, pourvoi n° 18-21.841](#)

Dans cet arrêt, la cour de cassation a répondu au moyen soulevé de l'absence d'appréciation de la situation personnelle du gérant, que la cour d'appel : « apprécie souverainement, dans la limite de cette insuffisance, le montant de la condamnation, sans que la Cour de cassation contrôle le caractère proportionné de ce montant ; »

Il semble en résulter qu'il est nécessaire prendre en compte la situation du dirigeant, y compris en terme de patrimoine, dans le cadre d'une appréciation de proportionnalité, mais sans contrôle de la cour de cassation (cette question relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, c'est à dire dès lors qu'elles motivent leur décision).

1.3 - Précisions procédurales

1.3.1 - Le(s) rapport(s) du juge-commissaire

En application de l'article 6,1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; cette exigence implique que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance de toute pièce présentée au juge en vue d'influencer sa décision, dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse ; il s'ensuit que la faculté pour la partie de consulter le dossier au greffe, ne dispense pas le greffe de communiquer à cette partie, lorsqu'elle en fait la demande, le rapport communiqué au ministère public²². Ce n'est que lorsque le tribunal charge le juge-commissaire d'obtenir des informations sur la situation patrimoniale des dirigeants mis en cause, le rapport établi par le juge est déposé au greffe où les dirigeants peuvent en prendre connaissance²³

La partie informée par la citation de l'identité du juge-commissaire auteur du rapport préalable proposant de le poursuivre en paiement des dettes sociales n'est pas recevable à invoquer la violation de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'il n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant le juge-commissaire par application de l'article 341.5° du nouveau code de procédure civile et qu'en s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, il a ainsi renoncé sans équivoque à s'en prévaloir²⁴.

Sur ce point, un article de doctrine est éclairant sur les obligations du tribunal :

Sanctions - Les rapports du juge-commissaire en matière de sanction - Etude par Christophe DELATTRE, Revue des procédures collectives n° 3, Mai 2011, étude 16

« 15. - On rappellera que le tribunal statue sur le rapport du juge-commissaire. L'obligation du rapport prévue par le texte est une formalité substantielle dictée par des considérations d'ordre public. Dès lors, **le jugement, qui a été rendu sans rapport ou dont ni le contenu, ni les pièces du dossier ne révèlent qu'il a été présenté, doit être déclaré nul** Note 10 . On peut également concevoir que, **même en présence d'un rapport écrit, le juge-commissaire soit présent pour expliquer au tribunal le contenu de son rapport dès lors qu'ensuite il se conforme aux dispositions des articles L. 651-3, alinéa 3, et L. 653-7, alinéa 3, et ne participe pas au délibéré.**

16. - **Le rapport doit être impartial sous peine de se heurter aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen et risquer, ainsi, d'exposer le jugement de sanction à la nullité** Note 11 . Le doute

²²[Com., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.426, Bull. 2012, IV, n° 3](#)

²³[Com., 3 décembre 2003, pourvoi n° 01-03.323](#)

²⁴[Com., 28 septembre 2004, pourvoi n° 03-11.610](#)

a pu s'instaurer surtout quand une **ambiguïté existait lorsque l'on se demandait si le rapport n'avait pas plutôt été rédigé par le mandataire de justice demandeur à l'action** Note 12 .

17. - Une autre difficulté peut également survenir en cas de rapport écrit. À quel moment doit-il être établi et porté notamment à la connaissance du dirigeant poursuivi ? **Le rapport écrit doit être établi avant l'audience. Cependant, rien n'est prévu quant aux conditions selon lesquelles il doit être porté à la connaissance du dirigeant.** Dès lors que le texte ne prévoit rien, peut-il y avoir une nullité en cas de non communication ? On peut en douter mais **il est cependant impératif qu'il soit évoqué à l'audience.** Dès lors, il semble indispensable que le rapport du juge-commissaire, soit porté à la connaissance du dirigeant en début d'audience et que cela soit acté.

18. - Il n'est pas inutile de rappeler que **le demandeur aux sanctions n'est absolument pas tenu par l'avis du juge-commissaire pour saisir la juridiction aux fins de sanctions.** En effet, peu importe l'avis formel, favorable ou défavorable, du juge-commissaire sollicité par certains mandataires avant d'engager leur procédure. Si le mandataire judiciaire estime qu'une action en sanction doit être engagée, il ne doit pas hésiter à saisir le tribunal en ce sens. Le juge-commissaire fera son rapport qui sera porté à la connaissance du tribunal, le demandeur aux sanctions et le mis en cause seront entendus, le ministère public prendra ses réquisitions et le tribunal tranchera. Chaque acteur du procès a son rôle à jouer qu'il convient de respecter. Le liquidateur doit être libre dans sa démarche car à défaut on pourrait se poser la question de l'indépendance ou de la dépendance du professionnel concerné face au juge-commissaire et à la juridiction consulaire.

19. - **On relèvera une particularité. Cela concerne le cas où le juge désigné par le Président du tribunal au visa de l'article L. 651-4 du code de commerce pour déterminer l'actif patrimonial est également le juge-commissaire désigné dans le jugement d'ouverture. Dans ce cas de figure précis, ce juge devra faire deux rapports : l'un obligatoirement écrit, celui de l'article R. 651-5, et l'autre qui pourra être soit écrit soit oral, celui de l'article R. 662-12. »**

« Pour Jean-Luc Vallens, « Le juge-commissaire doit se garder de deux écueils : exprimer de façon trop catégorique son avis sur la question soumise, en raison du risque déjà évoqué de partialité, et demeurer trop laconique (vu et ne s'oppose) au point de vider cette formalité de son sens » (Lamy Droit commercial, n° 2570, J.-L. Vallens).

Selon Olivier Staes, le rapport du juge-commissaire contient en général les informations de nature à éclairer le tribunal et son avis sur la question soumise au tribunal (JCl. Procédures collectives, fasc. 2220, préc., n° 27).

Enfin, Jocelyne Vallansan précise que le rapport doit exposer les éléments portés à sa connaissance (J. Vallansan, Guide des procédures collectives : LexisNexis, 2018, n° 194).

Le contenu du rapport du juge-commissaire est un exercice délicat mais indispensable. Selon nous, le juge-commissaire doit reprendre les éléments de la procédure permettant au tribunal d'avoir une vue synthétique et l'aider dans sa décision. **Il ne doit pas se contenter d'un « copier/coller » du rapport des organes de la procédure collective. Le juge-commissaire doit également émettre l'orientation envisageable de la procédure compte tenu de son constat.** À défaut, à quoi cela servirait-il d'imposer la tenue d'un rapport du juge-commissaire sans qu'il tire les conséquences de son analyse objective et la suite éventuelle à donner à la demande ?

À ce titre, Jocelyne Vallansan et Caroline Faure ont rédigé un fascicule pour l'ENM (J. Vallansan, C. Faure (Vice présidente, TGI Bordeaux, en charge des fonctions de juge-commissaire), fascicule ENM, Pôle économique et sociale, Le juge-commissaire, p. 11 à 12 et 69 à 71) dans lequel elles précisent : « Dans son rapport, le juge-commissaire expose les éléments dont il dispose et qu'il a pu obtenir du mandataire judiciaire, lequel lui adresse le rapport établi pour le tribunal. Il peut également avoir obtenu des renseignements directement auprès du débiteur. Le juge-commissaire dans ce rapport, peut préciser les décisions qu'il a eu l'occasion de rendre si elles ont un impact sur la suite de la procédure, tel un licenciement économique qui aura une influence sur les mesures de redressement, des revendications de matériels qui permettent la poursuite de l'exploitation, le point sur la vérification du passif en cours ».

En annexe de ce fascicule est repris un modèle de rapport du juge-commissaire qui liste des informations utiles notamment : la date d'ouverture de la procédure et la date d'audience de renvoi ; les principales données chiffrées de l'entreprise ; les intervenants de la procédure (professionnels désignés, représentant du personnel, contrôleur) ; le détail des diligences du juge-commissaire.

Enfin, ce rapport se termine par une rubrique reprenant les conclusions du juge-commissaire dans lesquelles il coche la solution envisageable comme :

- la poursuite de la période d'observation pour une durée indiquée,
- le renvoi à une prochaine audience des motifs justifiant cette position,
- l'adoption du plan avec sa durée,
- la fin de la procédure de redressement judiciaire,
- le prononcé de la liquidation judiciaire,
- la poursuite d'activité avec indication de la date butoir,
- autres observations ou compléments d'observations.

Ces éléments mettent en exergue que le juge-commissaire doit bien donner, au terme de son analyse, l'orientation procédurale de la procédure qu'il suit. Il s'agit donc bien d'un avis.

Trop de juges-commissaires se contentent de viser le rapport du mandataire judiciaire sans apporter leur propre analyse ce qui rend sans intérêt leur rapport. Les praticiens des procédures collectives, connaisseurs de cette difficulté récurrente, s'engouffrent souvent dans cette brèche car l'absence de rapport du juge-commissaire et/ou en présence d'un contenu incomplet ou à tout le moins insignifiant, offre sur un plateau une belle nullité. Toutefois, cette nullité présente un intérêt tout à fait relatif au regard de l'effet dévolutif de l'appel. Cette nullité n'aura que pour but de retarder l'inéluctable. »

Selon l'article R.662-12 du code de commerce, le tribunal statue sur rapport du juge-commissaire sur tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L.653-8.

En application de cet article, le juge-commissaire n'est pas tenu de faire un rapport écrit à la juridiction²⁵. dès lors que les parties avaient eu connaissance du dépôt du rapport du juge-commissaire soumis au tribunal, et n'en ont pas demandé la communication au greffe, la procédure n'est entachée d'aucune irrégularité²⁶.

Arrêt CA Poitiers, RG 19-00969 dès lors que le juge-commissaire n'entre pas dans la composition de la formation de jugement, ni l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni aucune disposition textuelle, n'imposent que le rapport prévu à l'article R.662-12 du code de commerce soit dépourvu de toute appréciation personnelle quant à la suite de la procédure, ce rapport ayant au contraire pour objet d'orienter le tribunal.

En tout état de cause, une irrégularité qui serait sanctionnée par la nullité du jugement ne fait toutefois pas « tomber » l'ensemble de la procédure puisque la cour reste saisie de l'effet dévolutif : l'irrégularité affectant le jugement rendu sans que le juge-commissaire ait été entendu en son rapport n'affecte pas l'acte introductif d'instance, et aucun texte ne fait obligation à la cour d'appel de se décider au vu du rapport du juge-commissaire; dès lors, en cas d'annulation du jugement pour défaut de rapport du juge-commissaire, la cour est saisie de l'entier litige²⁷.

1.3.2 - La prescription

La délivrance d'une assignation (et non son dépôt au greffe) constitue une demande en justice qui interrompt la prescription de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif²⁸.

Arrêt CA Poitiers, RG 19-00969

En l'espèce, il n'est pas établi que le président du tribunal de commerce ait chargé en application de l'article L.651-4 du code de commerce l'un de ses membres aux fins d'établir le rapport du juge-commissaire prévu à l'article R.651-5 du code de commerce, les parties ne faisant référence qu'à l'article R.662-12 du code de commerce.

Or le rapport prévu par ce texte n'est pas un préalable à l'introduction de l'instance en responsabilité pour insuffisance d'actif, mais une formalité induite par ladite introduction.

1.3.3 - L'action directe contre l'assureur

²⁵ [Com., 25 mars 1997, pourvoi n° 94-16.535](#)

²⁶ [Com., 13 mai 2014, pourvoi n° 13-12.355 Rapport](#)

²⁷ [Com., 16 janvier 2007, pourvoi n° 05-18.666](#), [Com., 22 mai 2013, pourvoi n° 12-18.823](#)

²⁸ [Com., 13 février 2019, pourvoi n° 17-22.074](#)

L'action contre l'assureur est possible si les conséquences de la responsabilité pour insuffisance d'actif sont couvertes (et même par cumul d'action devant la même juridiction)

Com., 10 mars 2021, pourvoi n° 19-12.825, 19-17.066

Le liquidateur qui agit en responsabilité pour insuffisance d'actif contre le dirigeant d'une société mise en liquidation judiciaire est recevable à exercer une action directe contre l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable dès lors que les conséquences de cette responsabilité ne sont pas exclues par le contrat d'assurance, aucune disposition légale ou réglementaire n'interdisant par ailleurs au liquidateur de joindre, dans la même instance, à sa demande de condamnation du dirigeant, celle de l'assureur, l'incompétence du tribunal saisi de la procédure de liquidation judiciaire n'ayant pas été soulevée.

6. N'ayant pas à relever d'office l'incompétence du tribunal saisi de la procédure de liquidation judiciaire pour connaître de l'action directe exercée contre l'assureur, par application des dispositions de l'article R. 662-3 du code de commerce, c'est à bon droit qu'après avoir énoncé que l'article L. 124-3 du code des assurances prévoit que le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe contre l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable, et relevé que cette action suppose seulement que le tiers lésé établisse l'existence du contrat d'assurance souscrit et la responsabilité de l'assuré, l'arrêt retient que, la garantie des conséquences de la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants n'étant pas exclue par le contrat, les conditions sont réunies pour que l'action directe exercée par le liquidateur contre l'assureur soit recevable sans qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'interdise au liquidateur de joindre, dans la même instance, à sa demande de condamnation du dirigeant, celle de l'assureur.

7. Ayant exactement retenu que le liquidateur des sociétés avait agi en qualité d'organe de chacune des procédures et en représentation de l'intérêt collectif des créanciers aux fins de réparation de leur préjudice et non en représentation des sociétés et pour leur compte, la cour d'appel n'avait pas à prendre en considération la personnalité de la société ACE, souscripteur du contrat d'assurance pour examiner la recevabilité de l'action du liquidateur.

1.3.4 - .Action commune au titre de plusieurs sociétés

CA Poitiers, RG 21-00033

dès lors que les forme et procédure inhérentes à chacune des demandes sont respectées, aucun texte ne fait obstacle à la présentation au sein d'une même instance en responsabilité pour insuffisance d'actif, entre les mêmes parties – même si le demandeur agit en trois qualités distinctes - de prétentions fondées sur des faits différents, qu'ils soient ou non connexes, cette hypothèse étant au contraire expressément prévue par l'article 35 du code de procédure civile pour la détermination de la compétence et du taux de ressort.

2 – Les sanctions personnelles

Il faut raisonner en la matière comme une infraction pénale : il y a donc une liste de comportements qui sont sanctionnés et qu'il faut impérativement respecter. Ainsi, un comportement constitutif d'une faute de gestion (particulièrement pour ce qui concerne l'incompétence en matière de gestion, les choix inadaptés ou excessifs, ou l'incurie du dirigeant.

Les cas de faillite personnelle de l'entrepreneur individuel sont prévues au I de l'article L.653-3 du code de commerce.

1° Avoir poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements ;

3° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de son actif ou frauduleusement augmenté son passif.

Dans le cas d'une EIRL ou du nouvel entrepreneur individuel au II du même article :

2° Sous le couvert de l'activité ou du patrimoine visés par la procédure masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt autre que celui de cette activité ou de ce patrimoine;

3° Avoir fait des biens ou du crédit de l'entreprise ou du patrimoine visés par la procédure un usage contraire à l'intérêt de cette entreprise ou de ce patrimoine à des fins personnelles ou pour favoriser une personne morale ou une entreprise dans laquelle il était intéressé, directement ou indirectement, ou un patrimoine distinct lui appartenant.

Celles du dirigeant de la personne morale sont prévues à l'article L.653-4 :

1° Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ;

2° Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;

3° Avoir 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 morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;

4° Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;

5° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale.

En enfin, celles applicables aux deux situations sont prévues à l'article L.653-5 du même code.

1° Avoir 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 ;

2° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;

3° Avoir 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 ;

4° Avoir payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers ;

5° Avoir, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure, fait obstacle à son bon déroulement ;

6° Avoir 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 ;

7° Avoir déclaré sciemment, au nom d'un créancier, une créance supposée.

[Com., 20 octobre 2021, pourvoi n° 20-15.736](#)

Vu les articles L. 653-4, 5° et L. 653-5, 4° du code de commerce :

4. L'avance en compte courant consentie par un associé à une société est, sauf stipulation contraire, remboursable à tout moment. Son remboursement constitue dès lors le paiement d'une dette de la société, sans pouvoir être qualifié de détournement d'actif pour l'application du premier de ces textes.

5. Selon le second, une mesure de faillite personnelle peut être prononcée contre un dirigeant ayant payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers.

6. Pour prononcer la faillite personnelle de M. Riani, l'arrêt retient que le remboursement de son compte courant, effectué par virement le 10 mars 2015, a été opéré avant la cessation des paiements de la société Au Chantilly, alors que la société n'avait plus d'activité, qu'elle avait un passif très important et que, nonobstant l'acquittement partiel des dettes sociales par M. Riani, celui-ci ne pouvait ignorer que le remboursement du compte courant d'associé pour un montant conséquent de 34 075,21 euros allait précipiter la chute d'une entreprise qui n'avait plus de rentrées d'argent et entraîner de manière inéluctable l'état de cessation des paiements qui est d'ailleurs survenu quelques semaines après. Il en déduit que ce comportement peut être analysé comme un paiement préférentiel réalisé au détriment des autres créanciers de la société et que le tribunal a retenu, à bon droit, que ce virement constituait un détournement d'actif.

7. En statuant ainsi, alors que le remboursement du compte courant ne pouvait constituer un détournement d'actif et qu'intervenu avant le 10 mars 2015 quand la date de la cessation des paiements avait été reportée au 13 juin 2015, il ne pouvait davantage être qualifié de paiement préférentiel permettant de prononcer une faillite personnelle, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Et enfin, le défaut de paiement de la condamnation pour RIA mise à la charge du dirigeant peut également être sanctionné par la faillite personnelle (article L.653-6)

Le tribunal peut prononcer la faillite personnelle du dirigeant de la personne morale, de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou l'entrepreneur individuel relevant du statut défini à la section 3 du chapitre VI du titre II du livre V qui n'ont pas acquitté les dettes mises à leur charge en application de l'article L. 651-2.

Quelques précisions sur les cas les plus topiques :

- les fautes doivent comme pour le RIA être **antérieures à l'ouverture de la procédure sauf pour avoir, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure**, fait obstacle à son bon déroulement (ce qui ne peut d'ailleurs pas constituer une faute de gestion dans le cadre de la RIA);
- la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale doit être faite **dans un intérêt personnel (à la différence de la poursuite d'exploitation déficitaire dans le cadre de la RIA)**
- **Attention !** Le défaut de déclaration de cessation des paiements dans le délai légal n'est pas sanctionné par la faillite personnelle (très nombreux arrêts de cassation). Donc si la faillite personnelle est prononcée, il ne faut surtout pas retenir ces faits à l'appui de la condamnation car le principe de proportionnalité fait obstacle

- L'interdiction de gérer peut être prononcée pour tous les faits sanctionnés de faillite personnelle (y compris à la place de la faillite personnelle) et également pour les autres motifs suivants : article L.653-8, alinéas 2 et 3

L'interdiction mentionnée au premier alinéa peut également être prononcée à l'encontre de toute personne mentionnée à l'article L. 653-1 qui, de mauvaise foi, n'aura pas remis au mandataire judiciaire, à l'administrateur ou au liquidateur les renseignements qu'il est tenu de lui communiquer en application de l'article L. 622-6 dans le mois suivant le jugement d'ouverture ou qui aura, sciemment, manqué à l'obligation d'information prévue par le second alinéa de l'article L. 622-22.

Elle peut également être prononcée à l'encontre de toute personne mentionnée à l'article L. 653-1 qui a omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire

dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

La proportionnalité dans les sanctions personnelles

Dès lors que les faits sont constitués, le tribunal qui prononce une mesure d'interdiction de gérer doit motiver sa décision, tant sur le principe que sur le quantum de la sanction, au regard de la gravité des fautes et de la situation personnelle de l'intéressé²⁹

Quelques tempéraments dans la jurisprudence récente : il faut que la situation soit expressément invoquée :

[Com., 29 septembre 2021, pourvoi n° 20-12.166](#)

Enoncé du moyen

3. M. Piquemal fait grief à l'arrêt de prononcer contre lui une interdiction de gérer d'une durée de quatre ans, alors « que le tribunal qui prononce une mesure d'interdiction de gérer doit motiver sa décision, tant sur le principe que sur le quantum de la sanction, au regard de la gravité des fautes et de la situation personnelle de l'intéressé ; qu'en se bornant à analyser les fautes de gestion commises par M. Piquemal, sans examiner la situation personnelle de celui-ci, la cour d'appel a violé l'article L. 653-8 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

4. M. Piquemal, s'il faisait état, dans ses conclusions d'appel, de sa situation familiale, patrimoniale et professionnelle, en précisant avoir retrouvé un emploi salarié et ne pas avoir l'intention d'exercer de mandat social au sein d'une nouvelle structure, n'avancait aucun élément de cette situation qui pût avoir une influence sur l'appréciation par la cour d'appel. Celle-ci n'a donc pas méconnu les exigences de l'article L. 653-8 du code de commerce en prononçant son interdiction de gérer pour une durée de quatre ans

[Com., 19 mai 2021, pourvoi n° 19-23.753](#)

4. Mme Robin n'ayant, dans ses conclusions d'appel, pas fait état d'éléments concernant sa situation personnelle, la cour d'appel n'avait pas à prendre celle-ci en considération et, eu égard aux faits établis, consistant en la déclaration très tardive de la cessation des paiements, en la poursuite d'une exploitation déficitaire ne pouvant conduire qu'à une telle cessation, en des paiements préférentiels, y compris à son profit, et en un usage des biens de la société MJS contraire à l'intérêt de celle-ci pour favoriser d'autres sociétés dans lesquelles elle était intéressée, a pu retenir que ces faits, en raison de leur gravité, devaient être sanctionnés par une interdiction de gérer d'une durée de sept ans, justifiant ainsi légalement sa décision.

[Com., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-12.444](#)

Et attendu, d'autre part, que M. Delcourt n'ayant invoqué aucun élément tiré de sa situation personnelle qui aurait pu influencer sur l'appréciation de la cour d'appel, celle-ci n'a pas méconnu les exigences de l'article L. 653-2 du code de commerce en prononçant sa faillite personnelle ;

Aucune transaction n'est possible

[Com., 9 décembre 2020, pourvoi n° 19-17.258](#)

²⁹ [Com., 17 avril 2019, pourvoi n° 18-11.743](#)

6. Selon l'article 2045, alinéa 1er, du code civil, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. C'est, dès lors, à bon droit que l'arrêt, après avoir énoncé que les articles L. 653-1 et suivants du code de commerce concernant la faillite personnelle et les autres mesures d'interdiction ne tendent pas à la protection de l'intérêt collectif des créanciers mais à celle de l'intérêt général, et qu'il s'agit de mesures à la fois de nature préventive et punitive, retient que si la transaction pouvait mettre fin à l'instance en paiement de l'insuffisance d'actif, elle ne pouvait avoir pour objet de faire échec, moyennant le paiement d'une certaine somme ou l'abandon d'une créance, aux actions tendant au prononcé d'une sanction professionnelle.