

CONTENTIEUX

La simple négligence n'est plus susceptible d'entraîner la responsabilité du dirigeant au titre de l'insuffisance d'actif

Afin de donner une seconde chance au dirigeant d'une entreprise en faillite, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 vient limiter la responsabilité du dirigeant en excluant sa responsabilité en cas d'insuffisance d'actif résultant d'une simple négligence dans la gestion de la société.



Par Antoine Chatain, associé,

L'article L. 651-2 du Code de commerce permet en cas de faute de gestion du dirigeant ayant contribué à l'insuffisance d'actif résultant d'une procédure de liquidation judiciaire de mettre à la charge du dirigeant de droit ou de fait tout ou partie du montant de cette insuffisance d'actif. La mise en œuvre de la responsabilité pour insuffisance d'actif suppose la réunion des conditions traditionnelles de la responsabilité civile : une faute (une faute de gestion), un préjudice (l'insuffisance d'actif) et un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

La notion de «faute de gestion» n'a jamais fait l'objet d'une définition législative ni même jurisprudentielle. Au fil des arrêts d'espèce, la jurisprudence a adopté une conception très large de la faute de gestion qui s'étend à toute faute commise dans l'administration de l'entreprise. Les fautes de gestion pouvant être retenues vont ainsi de la simple négligence, imprudence, erreur d'appréciation, à la faute lourde, manœuvre dolosive, voire la faute pénale dans les cas les plus graves.

La possibilité de condamner un dirigeant à combler l'insuffisance d'actif en cas de simple négligence apparaît comme étant totalement disproportionnée, voire excessive. D'autant plus qu'une telle condamnation interdit au dirigeant qui détient une créance déclarée au passif de la société de participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles il a été condamné¹. Une telle rigueur sanctionne tout particulièrement le dirigeant qui a fait crédit à sa société afin de l'aider à surmonter ses difficultés.

De plus, l'inexécution par un dirigeant insolvable de la condamnation à contribuer à l'insuffisance d'actif est susceptible d'être à nouveau sanctionnée au titre de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer².

L'absence d'encadrement de la mise en œuvre de cette responsabilité pour insuffisance d'actif a été vivement critiquée par une partie de la doctrine. Ainsi, le professeur Françoise Pérochon considère

que cette disposition «paraît aujourd'hui inadaptée dans un droit qui prétend inciter à entreprendre [...] il devrait dans cette logique épargner le maladroit ou le malchanceux, et ne sanctionner que les dirigeants malhonnêtes ou gravement fautifs³.»

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (dite Sapin II) vient exclure de la responsabilité pour insuffisance d'actif le dirigeant ayant commis une faute de gestion par simple négligence. Cette disposition répond aux recommandations faites par la Commission européenne de «donner une seconde chance aux entrepreneurs honnêtes» en limitant «les effets négatifs des faillites⁴. L'étude d'impact de la loi précise que l'objectif de cette mesure est de «favoriser l'esprit d'entreprise et le rebond du débiteur» en encadrant davantage la faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif⁵.

La loi Sapin II complète l'article L. 651-2 du Code de commerce en énonçant qu'«en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée.» Cette disposition a vocation à s'appliquer aux fautes de gestion commises après l'entrée en vigueur de la loi (le 10 décembre 2016).

Bien que cet article résulte d'une volonté «d'encadrer par la loi la définition de la faute de gestion⁶, elle n'offre aucune définition de cette notion ni de ce qu'il faut entendre par «simple négligence». La «négligence» renvoie à une «faute non intentionnelle, consistant à ne pas accomplir un acte qu'on aurait dû accomplir⁷». La question est de savoir comment le juge sera amené à apprécier la négligence du dirigeant. Devra-t-elle s'apprécier au regard des conséquences résultant de la faute de gestion ou uniquement de l'intention du dirigeant ? Les travaux préparatoires n'apportent aucun éclaircissement tandis que les recommandations de la Commission européenne visent à favoriser la réhabilitation du «dirigeant honnête⁸». En visant la simple négligence, le nouvel article indique, a

contrario, que la responsabilité du dirigeant gravement négligent pourra être retenue quand bien même la faute ne serait pas intentionnelle. Le caractère non intentionnel de la faute ne serait pas suffisant pour caractériser une simple négligence. Si la négligence s'apprécie au regard des conséquences de la faute de gestion, une telle exemption semble, de prime abord, inutile : la mise en œuvre de la responsabilité pour insuffisance d'actif suppose que la faute de gestion ait «contribué» à l'insuffisance d'actif et ait donc eu des conséquences préjudiciables.

Pour autant, la jurisprudence adopte une conception large du lien de causalité en considérant que tous les faits ayant concouru à la réalisation du dommage doivent être retenus de manière équivalente comme les causes juridiques dudit dommage, sans qu'il y ait lieu de les distinguer. Ainsi, «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 peut être condamné à supporter en totalité ou partie les dettes sociales, même si la faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles⁹».

Le nouvel article L. 651-2 du Code de commerce pourrait donc inciter les juges à avoir une appréciation plus stricte du lien de causalité en ne retenant la responsabilité d'un dirigeant au titre d'une faute de gestion non intentionnelle que si cette dernière est la cause prépondérante de l'insuffisance d'actif. Le nouvel article précise en outre qu'en cas de simple négligence la responsabilité du dirigeant «ne peut-être engagée». La simple négligence constitue donc une fin de non-recevoir tendant à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, pour défaut du droit d'agir, sans examen au fond.

Or, la qualification de la faute de gestion en «simple négligence» implique nécessairement un examen au fond. Il s'agit soit d'une maladresse de la part du législateur, soit de la création d'une fausse fin de non-recevoir consistant à qualifier de façon artificielle un moyen relevant du droit substantiel de fin de non-recevoir¹⁰.

Si la loi Sapin II acte une volonté de bienveillance vis-à-vis des dirigeants des sociétés soumises à une procédure de liquidation judiciaire, sa portée effective restera limitée. En effet, les condamnations prononcées par les juridictions consulaires au titre de la responsabilité pour insuffisance d'actif sont peu nombreuses, voire exceptionnelles. Se pose toutefois la question de connaître l'impact de cette disposition sur la mise en œuvre d'une éventuelle sanction professionnelle ou de la responsabilité

civile délictuelle des dirigeants ?

L'interdiction de gérer peut être prononcée à l'encontre d'un dirigeant dès lors que celui-ci a omis de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements¹¹. La jurisprudence apprécie ce manquement de manière objective et estime qu'il n'y a pas lieu de considérer les motifs qui ont conduit le dirigeant à différer la déclaration de cessation des paiements ou l'absence de caractère intentionnel de son abstention¹².

Il serait contraire à l'objectif d'offrir une seconde chance au dirigeant, d'écarter sa responsabilité patrimoniale tout en prononçant une sanction professionnelle au titre d'une simple négligence. La bienveillance voulue par le législateur à l'égard du dirigeant devrait également s'appliquer dans l'appréciation des fautes pouvant donner lieu à une sanction professionnelle.

Par ailleurs, en limitant la mise en cause de la responsabilité d'un dirigeant pour insuffisance d'actif, une telle mesure n'aurait-elle pas pour effet d'encourager les créanciers malheureux à engager directement la responsabilité du dirigeant sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle de droit commun ?

Un créancier ne peut engager la responsabilité personnelle du dirigeant que s'il prouve que ce dernier a commis «intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales¹³». Il est improbable que des faits relevant d'une simple négligence constituent une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

La limitation posée par le législateur au bénéfice des dirigeants devrait donc être sans conséquence sur le risque pour le dirigeant de voir sa responsabilité engagée au titre de la responsabilité civile de droit commun. ■



et Jean-Philippe Erb, Chatain & Associés

1. L. 651-2 al.4. c.com

2. L.653-6 c.com.

3. F. Pérochon, «Entreprises en difficulté», LGDJ p. 783.

4. Recommandation de la commission du 12 mars 2014 – 2014/135/UE – JOUE L74/65 du 14 mars 2014.

5. Etude d'impact.

6. Dossier presse «Tout pour l'emploi – mesure n°14».

7. Le Petit Robert éd. 2016.

8. Recommandation de la commission du 12 mars 2014 – 2014/135/UE – JOUE L74/65 du 14 mars 2014.

9. Cass. Com. 12 janvier 2010, n° 08-14342.

10. Le Gros, «Faute de gestion», Droit des sociétés n° 2, février 2017, comm. 32.

11. Article L. 653-8 du Code de commerce.

12. Cass. com., 27 oct. 1998, n° 95-22.246.

13. Cass. com. 20 mai 2003, n°851