

# Pour en finir avec les abus en matière d'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs



Aurélien Gazel  
Avocat chez Swift Litigation

Par arrêt du 12 janvier 2022 (n° 20-19494), la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé au visa de l'article L. 651-2 du Code de commerce que « 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 ».

Il s'agit là d'une décision importante en ce qu'elle permet de revenir à une certaine orthodoxie juridique dans cette matière où il arrive trop souvent que les actions en responsabilité pour insuffisance d'actifs soient dirigées non pas contre les dirigeants qui ont effectivement pu commettre des fautes de gestion – voire des dirigeants malhonnêtes (il y en a) – mais contre ceux qui sont les plus solvables, dans le seul but de reconstituer l'actif.

La méthode est d'autant plus condamnable lorsqu'elle prive l'intéressé du droit d'agir. La manœuvre consiste alors pour le liquidateur à engager une action en report de la date de cessation des paiements sans en informer les dirigeants qui étaient en poste à cette date, en éludant ainsi tout débat contradictoire, puis une fois que cette décision est devenue définitive<sup>1</sup>, d'engager une action en responsabilité



pour insuffisance d'actifs à l'encontre desdits dirigeants au motif qu'ils n'auraient pas déclaré l'état de cessation des paiements de la société dans le délai de 45 jours... tout en se prévalant du caractère définitif de la décision de report, obtenue sur la seule base des éléments soigneusement sélectionnés par le liquidateur. Il est d'ailleurs urgent que le législateur intervienne pour faire obligation au liquidateur, lorsqu'il engage une telle demande de report de la date de cessation des paiements, d'assigner l'ensemble des dirigeants qui peuvent être concernés par la mesure afin d'assurer le

respect du principe du contradictoire.

Cette décision de la Cour de cassation qui en réalité ne fait que rappeler un principe évident « on n'est responsable que de ses propres fautes » témoigne du fait que – trop souvent – les demandes formées par les liquidateurs ne sont pas assez précises, ni justifiées, ces derniers se contentant de « jeter leurs filets » pour voir ce qu'ils pourront bien attraper.

Certes, le législateur est déjà intervenu afin de rappeler que l'engagement d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif doit demeurer exceptionnelle et s'appliquer strictement (*il s'agit d'une*

<sup>1</sup> L'article R. 661-2 du Code de commerce dispose que « Sauf dispositions contraires, l'opposition et la tierce opposition sont formées contre les décisions rendues en matière de mandat ad hoc, de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire, de rétablissement professionnel et de liquidation judiciaire, de responsabilité pour insuffisance d'actif, de faillite personnelle ou d'interdiction prévue à l'article L. 653-8, par déclaration au greffe dans le délai de dix jours à compter du prononcé de la décision. Toutefois, pour les décisions soumises aux formalités d'insertion dans un support d'annonces légales et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales, le délai ne court que du jour de la publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. Pour les décisions soumises à la formalité d'insertion dans un support d'annonces légales, le délai ne court que du jour de la publication de l'insertion. »

entorse à l'écran de la personnalité morale) en insérant à l'article L. 651-2 du Code de commerce la limite suivante : « *toutefois, en cas de simples 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*<sup>2</sup> », mais cela reste insuffisant.

Ainsi, dans cette affaire, le liquidateur avait assigné les anciens dirigeants d'une société qui avaient quitté leurs fonctions le 15 mars 2007, soit antérieurement au jour de l'ouverture de la procédure collective (*le redressement judiciaire est intervenu le 10 septembre 2008 et la liquidation judiciaire le 24 juin 2009*), afin de réclamer leur condamnation à contribuer à l'insuffisance d'actifs d'un montant de 5 059 541,72 euros, alors même que le liquidateur n'avait pas précisé si l'insuffisance d'actifs qu'il invoquait existait à la date à laquelle ces derniers ont cessé leurs fonctions ! Cela n'a toutefois pas empêché la cour d'appel de Poitiers<sup>3</sup> – statuant sur renvoi après cassation – de condamner solidairement ces dirigeants à payer la somme de 700 000 euros au titre de cette insuffisance d'actifs.

C'est cet arrêt de la cour d'appel de Poitiers du 2 juin 2020 qui a fait l'objet d'une cassation partielle dans la présente affaire, grâce à la ténacité de ces dirigeants – rappelons que l'affaire a débuté au plus tard le 24 juin 2012<sup>4</sup>, soit il y a près de dix ans ! Cela signifie que ces dirigeants vivent sous la menace d'une condamnation à devoir contribuer au montant d'une insuffisance d'actifs de 5 000 000 euros depuis dix ans, ce qui doit évidemment être insupportable et ce qui pourrait, le cas échéant conduire, la CEDH<sup>5</sup> à condamner la France compte tenu de la durée excessive de la

procédure qui n'est toujours pas terminée. Cette décision de la Cour de cassation est importante en ce qu'elle rappelle qu'il appartient au liquidateur de démontrer que les fautes de gestion reprochées au dirigeant ont effectivement contribué à l'insuffisance d'actifs. Il incombe ainsi au liquidateur, lorsqu'il engage une telle procédure, de verser aux débats une ventilation du passif tenant compte de la date de naissance des dettes, notamment dans le cas d'une succession de dirigeants, afin de déterminer le périmètre de la responsabilité de chacun des dirigeants. Si certains liquidateurs le font spontanément et si certains tribunaux de commerce réclament de telles ventilations, force est de constater que ce n'est malheureusement pas la pratique dominante.

D'autres encore refusant tout simplement de faire ce travail, parfois au prétexte que leur logiciel de traitement des données ne le permettrait pas. Cela n'est évidemment pas sérieux, compte tenu notamment des enjeux de telles procédures qui sont particulièrement éprouvantes pour les dirigeants mis en cause sur leurs deniers propres et qui nécessitent donc d'être engagées avec sérieux et professionnalisme. Grâce à cette décision de la Cour de cassation, il nous semble qu'à l'avenir, les liquidateurs ne pourront plus se dispenser de produire une ventilation du passif tenant compte de la date de naissance des dettes et que les juges des tribunaux de commerce ne pourront plus rejeter les demandes légitimes de production de telles ventilations du passif.

Si cette décision constitue une avancée utile, un autre sujet mérite d'être évoqué en matière de responsabilité

pour insuffisance d'actifs : celui de la prescription des faits susceptibles de constituer des fautes de gestion. En effet, à l'heure actuelle, il n'existe aucune limite temporelle de sorte que le liquidateur peut remonter en arrière *ad vitam aeternam* ce qui constitue une violation manifeste des droits de la défense. Rappelons que l'article 8 du Code de procédure pénale prévoit pour sa part un délai de prescription en matière de délit d'une durée six ans à compter du jour de commission de l'infraction. Il faudrait, là encore, que le législateur intervienne pour fixer un délai au-delà duquel les faits seraient prescrits, par exemple trois ans avant la date de la liquidation judiciaire.

Enfin, il paraît nécessaire de délocaliser ce contentieux auprès des tribunaux judiciaires, comme cela a été récemment proposé par la Mission d'information commune relative aux entreprises en difficultés du fait de la crise sanitaire<sup>6</sup>. En effet, il est difficile pour les juges des tribunaux de commerce de rester neutres et objectifs lorsqu'ils se retrouvent face d'un côté, au liquidateur judiciaire qu'ils connaissent parfaitement pour le côtoyer quotidiennement, et de l'autre côté, à un inconnu, le dirigeant mis en cause par ce même liquidateur. C'est la raison pour laquelle une délocalisation de ce contentieux devant les juges des tribunaux judiciaires semble indispensable, sans compter que cela permettra aux Tribunaux de commerce de se concentrer sur les mesures d'accompagnement des dirigeants qui, dans le contexte économique et sanitaire actuel, sont plus que jamais primordiales.

2022-8320

2) Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, article 146.

3) Malheureusement cette décision est indisponible.

4) L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire (L. 651-2 du code de commerce) et la liquidation judiciaire en l'espèce date du 24 juin 2009.

5) Exemple, CEDH, 5e section, 22 septembre 2011, n°60983/09, pour une condamnation de la France compte tenu de la durée excessive d'une procédure de liquidation judiciaire.

6) Rapport d'information N°4390 déposé à l'Assemblée Nationale le 21 juillet 2021 : cf. proposition n°24 : « *Créer un tribunal des entreprises, lieu de prévention et d'accompagnement pour les entreprises en difficulté : Transférer le contentieux des sanctions au tribunal judiciaire (...)* ».