

La différence de nature juridique de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et de l'action en obligation aux dettes sociales et ses conséquences pratiques.

Par P.-M. Le Corre,

Professeur à la Faculté de droit de Toulon, directeur du Master Droit de la banque

Le code de commerce consacre son livre V aux responsabilités et sanctions pécuniaires. Le code, dans le chapitre I du livre V, évoque une action en responsabilité, la responsabilité pour insuffisance d'actif. Il consacre son chapitre III à la faillite personnelle et à l'interdiction de gérer, mesures qui sont indiscutablement des sanctions. En revanche, le chapitre II est simplement intitulé « De l'obligation aux dettes sociales ». Le législateur ne précise pas ici s'il est question de responsabilité ou de sanction. La place du chapitre II ne nous apporte aucun éclairage¹, dans la mesure où il suit immédiatement une action en responsabilité et où il précède immédiatement une sanction.

L'examen des travaux préparatoires de la loi nous permet d'observer que l'obligation aux dettes sociales est présentée comme une sanction patrimoniale. Ainsi, dans le rapport Xavier De Roux, peut-on lire que « le dispositif d'obligation aux dettes sociales se rapprocherait plus d'un régime de sanction que de la simple recherche de responsabilité² ».

Il faut aussi partir du contenu de ce chapitre II pour essayer d'en induire la nature juridique. Dans cet éclairage, deux remarques préliminaires apparaissent essentielles. D'une part, le législateur a créé deux mesures, dont il serait pour le moins singulier qu'elles aboutissent au même résultat. D'autre part, l'origine de l'obligation aux dettes sociales est de manière absolument indiscutable trouvée dans le redressement et la liquidation judiciaires à titre personnel qu'elle a remplacé.

La législation antérieure prévoyait en effet une sanction particulière consistant à placer en redressement ou en liquidation judiciaire le dirigeant fautif. Cette fautive extension, qui aboutissait à ouvrir contre le dirigeant fautif une procédure collective dans une certaine mesure autonome, a été supprimée, du fait de la suppression systématique des extensions-sanctions. Elle a été remplacée par l'obligation aux dettes sociales. Cette filiation entre le redressement et la liquidation judiciaire à titre personnel et l'action en obligation aux dettes sociales doit être précieusement conservée en mémoire.

Que permet d'observer l'examen des textes ?

¹ L'attention des lecteurs est attirée par l'auteur de ces lignes sur le fait que sa collègue et amie Françoise Pérochon ne partage pas l'opinion exprimée, ce que les lecteurs pourront dès septembre retrouver dans l'ouvrage de Françoise Pérochon et de Régine Bonhomme « Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement », LGDJ, 7^e éd., 2006. Ils pourront à la même date prendre connaissance de l'opinion - inconnue de l'auteur - de son autre collègue et amie Corinne saint-Alary Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^e éd., Montchrestien, « Domat », 2006. Son ami Philippe Roussel Galle, pour sa part, part de l'idée que l'obligation aux dettes sociales est une sanction, non une action en responsabilité (Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, préface de D. Tricot, Carré Droit Litec 2005, n° 466).

² *Rapp. X. de Roux*, n° 2095, p. 417.

On peut d'abord noter que les deux actions ont un déclenchement différent.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif oblige à rapporter la preuve que la faute de gestion a contribué à **cette insuffisance d'actif**.

L'action en paiement des dettes sociales, au contraire, ne présuppose pas l'insuffisance d'actif. C'est en ce sens qu'il faut comprendre que si l'une des fautes énumérées à l'article L 652-1 peut être établie contre un dirigeant, il suffit qu'elle ait **contribué à la cessation des paiements**. Parce que l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire a notamment pour cause la faute commise par le dirigeant, ce dernier doit en supporter les conséquences. On peut alors se demander à quoi pourrait servir cette condamnation si la procédure de liquidation judiciaire doit être clôturée par extinction du passif. Elle pourrait permettre aux associés et actionnaires de la société débitrice de retrouver leurs apports dans le cadre de la distribution de boni de liquidation.

Les conséquences de l'action en obligation aux dettes sociales ne sont logiquement pas les mêmes que celles posées en matière d'action en comblement de passif. Malheureusement, la rédaction des textes laisse beaucoup à désirer. En effet, l'article L 651-2, alinéa 1 pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif indique que « les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, par ...les dirigeants ». Pourtant, il n'est ici question que de responsabilité pour insuffisance d'actif. La Cour de cassation, sous l'empire de la législation antérieure et en présence d'un texte identiquement rédigé, a jugé que le dirigeant ne peut être condamné qu'à tout ou partie de l'insuffisance d'actif. Ainsi voit-on affirmer que le dirigeant ne peut être condamné à la totalité du passif³, à moins que l'actif ne soit inexistant. Déjà sous l'empire de la législation antérieure, et malgré le silence du législateur sur la nature juridique de l'action en comblement de passif, la nature d'action en responsabilité était clairement posée. Il apparaît impossible, dans ce contexte, de condamner à plus que le préjudice, lequel est égal au montant de l'insuffisance d'actif.

L'article L 652-1, alinéa 1 du code, pour l'action en obligation aux dettes sociales, indique également que le dirigeant sera condamné à tout ou partie des dettes sociales.

Cette remarque présente un premier intérêt. En effet, la loi de sauvegarde des entreprises a repris un cas de faillite personnelle de l'ancienne législation en disposant à l'article L. 653-6 du Code que « le tribunal peut prononcer la faillite personnelle du dirigeant de la personne morale qui n'a pas acquitté les dettes de celle-ci mises à sa charge ». Il s'agit là de l'exacte reprise du texte ancien (C. com., art. L. 625-6). Cependant, la formulation législative peut faire naître un doute, dans la mesure où la loi de sauvegarde des entreprises a créé l'obligation aux dettes sociales. Il a été dit à deux reprises, à l'occasion des travaux parlementaires, que la faillite personnelle ne pourra pas être prononcée en cas d'inexécution de la condamnation à combler le passif, mais seulement en cas d'inexécution de l'obligation aux dettes sociales⁴, cependant que dans ce même rapport le contraire est aussi affirmé⁵. Ces affirmations contradictoires nous poussent à décider que la solution de la législation précédente, à savoir la

³V. Cass. com., 30 juin 2004, n° 03-12.816.

⁴ *Rapp. X. de Roux*, n° 2095, p. 416 et p. 417.

⁵ *Rapp. X. de Roux*, n° 2095, p. 418.

possibilité de prononcer la faillite personnelle contre le dirigeant qui n'exécute pas la condamnation à combler l'insuffisance d'actif, doit être reconduite.

A la simple lecture rapide des textes, il y a identité de solutions dans les condamnations, à savoir tout ou partie des dettes sociales. On sait pourtant que la possibilité de condamner à la totalité des dettes sociales est impossible en cas de responsabilité pour insuffisance d'actif, sauf absence totale d'actif. La solution ne manquerait pas d'être surprenante si la condamnation en cas de responsabilité pour insuffisance d'actif et en cas d'obligation aux dettes sociales était identique. Pourquoi le législateur aurait-il posé deux corps de règles distincts, avec des conditions d'application et un domaine différents, si, au final, la sanction devait être identique ? Entre alors en jeu la détermination de la nature juridique respective des deux mesures.

Si l'on admet, ainsi qu'il a été suggéré, de considérer que l'action en obligation aux dettes sociales est une sanction et non pas une action en responsabilité, il n'y a pas de difficulté à considérer que cette action peut conduire à mettre à la charge du dirigeant tout ou partie des dettes sociales, comme l'énonce d'ailleurs le texte de l'article L 652-1, alinéa 1 du code, et non pas seulement, comme en matière d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, tout ou partie de l'insuffisance d'actif. Dans le projet de loi, il était d'ailleurs question de mettre toutes les dettes de la personne morale à charge du dirigeant, comme c'était le cas lorsque le redressement judiciaire personnel était prononcé. L'évolution du texte, à la suite des débats parlementaires, a conduit à rendre possible une condamnation à une partie seulement des dettes. Mais jamais, au cours des débats n'a été évoquée la mise à charge de l'insuffisance d'actif. Ainsi, dans le rapport Xavier de Roux, il est clairement indiqué que l'obligation aux dettes sociales permet de mettre à la charge du dirigeant, la totalité des dettes de l'entreprise⁶.

La nature de sanction de l'obligation aux dettes sociales permettrait alors d'expliquer pourquoi elle peut être déclenchée sans insuffisance d'actif, car l'idée de sanction justifierait l'absence de préjudice subi par la collectivité des créanciers ; elle permettrait aussi de justifier la mise à charge de toutes les dettes de la personne morale, ce qui dépasserait alors le montant du préjudice subi par la collectivité des créanciers.

Ces solutions n'auraient absolument rien d'étonnant par rapport au redressement et à la liquidation judiciaire à titre personnel prévu par l'article L 624-5 ancien, sanction qui entraînait le support de toutes les dettes de la personne morale débitrice et non pas seulement de l'insuffisance d'actif.

La filiation de l'obligation aux dettes sociales trouvée dans le redressement et la liquidation judiciaires à titre personnel prend toute son importance. Elle expliquerait pourquoi le législateur a cru devoir poser des règles différentes pour le produit de l'action. Le produit de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est réparti au marc le franc. Au contraire, le produit de l'action en obligation aux dettes sociales oblige à tenir compte, selon le texte de l'article L 652-3 du code de commerce de l'ordre des sûretés des créanciers de la personne morale. N'était-ce pas la solution posée par la Cour de cassation, à propos du redressement et de la liquidation judiciaires personnels ? En cette matière, la Cour de cassation avait admis que les créanciers de la personne morale conservaient leurs privilèges généraux dans la

⁶ *Rapp. X. de Roux*, n° 2095, p. 416.

procédure ouverte contre le dirigeant fautif⁷. Malgré le terme « sûreté » employée par l'article L. 652-3 du code, il faut comprendre que seuls les créanciers titulaires de privilèges généraux seront payés par priorité par le dirigeant fautif. En effet, les créanciers titulaires de sûreté spéciale ont un droit qui ne s'exerce que sur une assiette, le prix de vente du bien grevé, qui par hypothèse ne se trouve que dans le patrimoine du constituant de la sûreté, c'est-à-dire la personne morale débitrice. Parmi les privilèges généraux, on signalera notamment le privilège de la conciliation et le privilège conféré aux créanciers postérieurs méritants. La question ne pourra se poser qu'en liquidation judiciaire. Il faudra donc tenir compte du classement institué en liquidation judiciaire par l'article L 643-11 du code de commerce.

La notion même d'obligation aux dettes sociales nous semble à elle seule éclairante. L'obligé aux dettes, que le tribunal peut d'ailleurs condamner solidairement avec d'autres, rappelle la situation de l'associé indéfiniment et solidairement responsable du passif social.

Dès lors que l'on admet que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et l'action en obligation aux dettes sociales sont d'une nature juridique différente et n'aboutissent pas au même résultat, il devient possible de comprendre pourquoi le législateur a posé la règle de l'article L 652-1, dernier alinéa selon lequel « dans les cas visés au présent article, il ne peut être fait application des dispositions de l'article L. 651-2 ». Ce texte signifie que lorsque l'un des faits visés à l'article L 652-1, qui justifie le prononcé de la condamnation à l'obligation aux dettes sociales, ne peut fonder une demande de condamnation à combler le passif. La remarque est importante dès lors que l'observation attentive de la jurisprudence en matière d'action en comblement de passif permettait de voir que les cas de redressement judiciaire personnel étaient des fautes de gestion classiquement retenues pour condamner à combler le passif.

L'article L 652-1 dernier alinéa énonce qu'il ne peut être fait application des dispositions de l'article L. 651-2. Il s'agira, *a priori*, pour la juridiction de déclarer la demande irrecevable. Il ne sera cependant pas interdit de délivrer une assignation à titre principal en obligation aux dettes sociales et à titre subsidiaire en responsabilité pour insuffisance d'actif. Dès lors que les fautes de gestion visées dans le subsidiaire de l'assignation ne sont pas des cas d'obligation aux dettes sociales, l'assignation pourra être déclarée recevable sur le fondement de la responsabilité pour insuffisance d'actif.

Observons pour terminer que le législateur n'interdit pas, *a priori*, les deux condamnations, dès lors que les fondements sont différents. Il appartiendra cependant à notre sens à la jurisprudence, comme elle l'avait fait dans le cadre de l'action en comblement de passif et du redressement judiciaire à titre personnel, de préciser que la condamnation aux dettes sociales, plus large que la condamnation à l'insuffisance d'actif, absorbe cette dernière, ce qui doit rendre impossible le cumul de condamnations.

⁷Com., 2 mars 1999, *D. Affaires* 1999, p. 560, obs. A. L.; *LPA* 1^{er} avr. 1999, n° 65, p. 9, note P. M.; *Bull. Joly* 1999, 857, n° 201, note J.-P. Sénéchal; *JCP E* 1999, chron. 1537, n° 6-A-18, obs. Ph. Pétel; *Rev. proc. coll.* 1999, 237, n° 4, obs. F. Bach; *RTD civ.* 1999, p. 436, n° 1, obs. M. Bandrac et P. Crocq.