



**HAL**  
open science

# L'incidence du choix de la forme juridique de l'entreprise, en cas de difficultés financières de celle-ci, sur la responsabilité pécuniaire de ses dirigeants

Thierry Lamarche

► **To cite this version:**

Thierry Lamarche. L'incidence du choix de la forme juridique de l'entreprise, en cas de difficultés financières de celle-ci, sur la responsabilité pécuniaire de ses dirigeants. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2002, 02, pp.245-256. hal-02541599

**HAL Id: hal-02541599**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02541599>**

Submitted on 14 Apr 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **L'INCIDENCE DU CHOIX DE LA FORME JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE, EN CAS DE DIFFICULTES FINANCIERES DE CELLE-CI, SUR LA RESPONSABILITE PECUNIAIRE DE SES DIRIGEANTS**

*Par Thierry LAMARCHE*

*Maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université de La Réunion*

*(Extrait de l'intervention au colloque de Majunga des 28, 29 et 30 novembre 2001 sur la réforme du droit malgache des sociétés)*

1.- Jadis, lorsqu'une entreprise rencontrait des difficultés économiques, le droit liait au sort de celle-ci, le sort de l'entrepreneur. La procédure dénommée « faillite » affectait indistinctement la situation patrimoniale de l'entreprise et celle de son dirigeant qui devenait également débiteur du passif qui s'était produit du fait de la poursuite de l'activité économique désastreuse dont il était tenu pour responsable. Cette procédure présentait incontestablement un caractère infamant et était conçue comme une sanction dirigée contre les mauvais gestionnaires.

Si cette approche était concevable en période de prospérité, elle devenait critiquable en période de crise économique. En effet, quand la conjoncture économique est mauvaise, il est des situations dans lesquelles même un bon dirigeant ne peut éviter le naufrage de son entreprise. Il est des cas où l'entreprise se retrouve en difficulté sans que l'on ne puisse rien reprocher à ses dirigeants.

Par ailleurs, lier le sort de l'entreprise à celui de l'entrepreneur ou du dirigeant conduisait parfois à des solutions regrettables. Une entreprise pouvait poursuivre une activité parfaitement rentable mais rencontrer des difficultés économiques du fait de la carence de ses dirigeants. Derrière l'entreprise que l'on fermait, il y avait bien souvent des salariés qui se retrouvaient sans emploi, des partenaires commerciaux comme des fournisseurs ou des clients qui se retrouvaient, eux aussi, en difficulté.

2.- Ce sont les raisons pour lesquelles le législateur français, dans la loi du 13 juillet 1967 portant réforme du droit de la faillite, a choisi de rompre avec le passé en distinguant l'homme de l'entreprise. Cette voie a été suivie lors des réformes suivantes. On la retrouve dans la loi du 25 janvier 1985.

Désormais, lorsque survient l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, deux problèmes sont réglés de façon distincte : le sort de l'entreprise, qui est apprécié en fonction de critères économiques (capacité à se sortir des difficultés, rentabilité de l'activité poursuivie...), d'une part, et le comportement de son ou de ses dirigeants contre qui une action en responsabilité pouvait éventuellement être engagée, d'autre part.

**3.-** S'agissant de l'entreprise, tout d'abord, la procédure mise en place depuis la loi de 1985 favorise le plus possible son maintien, son redressement. Une période d'observation s'ouvre afin de déterminer si l'entreprise peut encore être sauvée et, dans l'affirmative, un plan de redressement est élaboré puis soumis au tribunal.

La loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 sur la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises est venue compléter le dispositif. Elle impose à toutes les personnes morales de droit privé ayant un objet économique certaines obligations comme la tenue d'une comptabilité, l'établissement de documents de gestion prévisionnelle et leur publication. Un contrôle de leurs comptes est également prévu. Il permet, en cas de fait de nature à compromettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, de déclencher une procédure d'alerte destinée à attirer l'attention des représentants du groupement. Cette loi illustre bien la nouvelle philosophie du droit français de la faillite.

Tout le système mis en place est destiné à prévenir les difficultés des entreprises, à éviter autant que faire se peut leur disparition et, lorsque ces difficultés sont sérieuses, de faire en sorte qu'elles se redressent. Ce sera seulement lorsqu'il s'avère qu'il n'y a plus rien à faire qu'elles disparaîtront et que l'on prononcera leur liquidation.

**4.-** S'agissant des dirigeants, ensuite, le juge recherchera s'ils ont commis des fautes. C'est seulement dans ce cas qu'ils seront sanctionnés, en répondant notamment sur leurs deniers personnels de la dette qu'ils auront provoquée.

Cela dit, par hypothèse, cette distinction entre le sort de l'entreprise et celui de l'entrepreneur n'est concevable que lorsque l'entreprise peut être détachée de l'homme, c'est-à-dire lorsque l'entreprise ne se confond pas avec la personnalité juridique de l'entrepreneur. Pour cela, il est nécessaire que l'entreprise soit une entité distincte des personnes physiques qui la gèrent. Cette distinction n'est donc envisageable que pour les groupements dotés de la personnalité morale, les entreprises collectives pour lesquelles il est possible de différencier le sort de cette personne morale de celui des personnes physiques. Au contraire, cela n'est pas possible pour l'entreprise individuelle car elle est réalisée sous le couvert de la personnalité juridique de l'homme qui la dirige : l'entrepreneur individuel.

Cette dernière affirmation devrait nous conduire *a priori* à établir une ligne de partage entre la responsabilité de l'entrepreneur individuel et celle des entrepreneurs collectifs.

Mais les choses ne sont pas aussi simples. En effet, certaines formes juridiques de groupement, bien que dotées de la personnalité morale, ne permettent pas, non plus, de procéder à une véritable distinction entre l'entreprise et le ou les entrepreneurs. Ce sont les groupements dans lesquels le sort des membres est étroitement lié à celui de la personne morale, parce que le législateur en a décidé ainsi. Ces sociétés sont, notamment celles dans lesquelles la personnalité de chaque membre ou associé revêt une importance fondamentale. On les désigne sous le vocable de sociétés de personnes ou encore de « sociétés transparentes » pour les

distinguer des sociétés de capitaux, ou sociétés dites « opaques » dans lesquelles, au contraire, la qualité des associés est indifférente. Dans les sociétés de personnes, les membres ne se contentent pas le plus souvent d'investir leur argent dans l'affaire, mais souhaitent aussi directement prendre part à sa direction. Très souvent, les associés sont également gérants. À titre d'exemple, l'article 12 de la loi du 24 juillet 1966 prévoit que tous les associés de la société en nom collectif sont en principe gérants, sauf s'ils en décident autrement. C'est sans doute l'une des raisons pour laquelle, étant étroitement liés à la conduite de l'activité économique de leur entreprise, notre droit a décidé que la forme juridique de leur groupement ne leur assurerait pas de réelle protection patrimoniale. Ils conservent une responsabilité pécuniaire indéfinie quant aux dettes que leur entreprise pourrait contracter, la personnalité juridique de leur groupement ne faisant pas véritablement écran entre eux et les créanciers.

Lorsque ces groupements sont commerciaux par l'objet ou par la forme (je pense notamment à la S.N.C. ou encore à la société en commandite simple), les dirigeants-associés se voient, en outre, conférer la qualité de commerçant qui, si elle peut présenter par ailleurs certains avantages, les soumet, en l'occurrence, à une responsabilité solidaire avec les autres membres : l'un d'entre eux pourra donc être appelé à payer la totalité de la dette de l'entreprise. Il n'y a donc pas sur ce point de profonde différence entre l'entrepreneur individuel et celui qui participe à l'activité d'une entreprise de personnes quant à l'étendue de leur responsabilité pécuniaire.

**5.-** C'est pourquoi, au lieu de diviser mon intervention entre la responsabilité des entrepreneurs individuels et celle des entrepreneurs collectifs, je préfère partir d'un critère d'analyse différent, traiter dans un premier temps du régime de la responsabilité pécuniaire de plein droit des entrepreneurs français qui dépend étroitement de la forme juridique choisie pour l'entreprise (**I**), puis, dans un second temps, de la responsabilité pour faute des dirigeants sociaux pour laquelle la forme juridique de l'entreprise s'avère, au contraire, indifférente (**II**).

## **I/ LA RESPONSABILITE DE PLEIN DROIT DEPENDANT DE LA FORME JURIDIQUE CHOISIE**

**6.-** Le choix de la forme juridique de l'entreprise n'est pas neutre quant à l'étendue de la responsabilité de l'entrepreneur. Parfois, il décide de réaliser cette entreprise personnellement, c'est-à-dire sous le couvert de sa propre personnalité juridique. Le patrimoine de l'entreprise se confond alors intimement avec son propre patrimoine ce qui lui fera courir une responsabilité illimitée (**A**).

Parfois, l'entrepreneur décide de réaliser cette entreprise de façon collective, en créant une personne morale. L'entreprise est alors poursuivie sous le couvert de cette personne morale et c'est le patrimoine de cette personne morale qui répondra, en principe des dettes. En principe, mais en principe seulement car, dans cette hypothèse, certaines formes juridiques protègent mieux que d'autres (**B**).

## **A/ La responsabilité illimitée des entrepreneurs individuels**

**7.-** L'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un commerçant, d'un artisan ou d'un agriculteur, atteint indistinctement les éléments de son patrimoine, qu'il s'agisse des biens qu'il a affectés à son activité professionnelle ou des autres. Le droit français fait peser sur lui un régime de responsabilité pécuniaire particulièrement sévère. Ce régime résulte du principe de l'unicité du patrimoine retenu par notre système juridique.

En effet, l'entrepreneur est responsable de plein droit de ses dettes sur l'ensemble de son patrimoine et sur l'ensemble de ses biens présents et futurs. Il ne saurait donc mettre à l'abri de la curée de ses créanciers une quelconque partie de ses biens, pas même celle réservée à sa vie privée et au bien-être de sa famille.

Cette responsabilité pécuniaire de plein droit des entrepreneurs français s'appuie sur l'article 2092 du Code civil qui énonce : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et futurs* ».

**8.-** Cet article du Code civil, que l'on trouve au chapitre relatif aux dispositions générales des privilèges et hypothèques, concernait à l'origine un problème particulier : il reconnaissait au créancier chirographaire un droit de gage général sur les biens de son débiteur. Il consacrait le principe de subrogation réelle basée sur l'idée d'échange et de remplacement, en vertu duquel un créancier pouvait obtenir le paiement forcé de sa créance en appréhendant les biens dont disposait le débiteur pour les faire vendre selon la procédure propre à chacun d'eux. Certains biens présents au moment de la conclusion du contrat avaient pu conférer au débiteur une certaine crédibilité financière et inciter le créancier à lui accorder sa confiance. L'article 2092 ne faisait que renforcer cette crédibilité puisque si les biens du débiteur étaient vendus ou échangés, le gage du créancier pouvait ainsi se reporter indéfiniment sur le produit de l'échange ou de la vente.

La doctrine du XIX<sup>ème</sup> siècle, a développé, à partir de cet article, une théorie du patrimoine. Contrairement à certaines idées reçues, la notion de patrimoine est donc relativement récente dans notre système juridique. Les Romains ne la connaissaient pas. Les jurisconsultes de l'ancien droit ne lui accordaient aucune valeur significative. Elle est également absente du Code civil.

Ce sont Aubry et Rau, à partir de 1837, qui ont construit notre théorie du patrimoine. Pour ces auteurs, il est une émanation de la personnalité juridique, un ensemble ayant vocation à contenir tous les biens de la personne qui en est le titulaire. Ils en déduisent, en raison du caractère indivisible de la personne elle-même, le principe de l'unicité du patrimoine.

C'est encore ce principe qui gouverne aujourd'hui le régime de responsabilité des entrepreneurs individuels français. Il conforte incontestablement les prêteurs de deniers, c'est-à-dire essentiellement les banquiers, mais présente, en revanche, un certain nombre d'inconvénients pour ceux qui se lancent dans une activité économique : ils risquent la totalité de leurs biens. L'entrepreneur individuel ne peut

mettre à l'abri des aléas de ses affaires, la partie de sa fortune qu'il réserve à sa vie privée et au bien être de sa famille. Cela concerne, notamment l'artisan, le petit commerçant, ou le professionnel libéral.

**9.-** Il n'y a pourtant pas véritablement d'implication logique entre le système juridique romano-germanique et cette théorie. En effet, le droit allemand, contrairement au droit français, a défini la notion de patrimoine sans nécessairement recourir à la notion de personne. Le patrimoine n'y est pas considéré comme un élément de la personnalité juridique, il peut exister indépendamment sans qu'il ne soit besoin d'une personne juridique. Il est, par conséquent, divisible. Partant de là, il n'interdit pas à un individu d'avoir plusieurs patrimoines. Chacun de ces patrimoines regroupe une masse de biens, chacune de ces masses réunit des biens en fonction d'une caractéristique commune : celle d'être affecté à un même but. C'est ainsi que le droit allemand connaît aujourd'hui le patrimoine d'affectation qui permet à l'entrepreneur de limiter l'étendue des biens qu'il souhaite risquer dans ses affaires et de soustraire la partie de sa fortune qu'il a réservée à sa vie privée et au bien être de sa famille.

Cela dit, il ne faudrait pas accuser cette théorie de tous les maux et lui reprocher, comme certains l'ont fait, d'être un « boulet maléfique freinant le commerce » et de retarder l'évolution économique de la France. Pour preuve, celle-ci connaît un niveau de développement économique comparable à celui de ses voisins.

**10.-** Toutefois, il est permis d'affirmer que les jours de cette théorie dans notre droit sont désormais comptés. En effet, la France a signé une convention internationale sur l'unification des effets des *trusts* et leur reconnaissance par les droits internes. L'institution du *trust*, largement utilisée en droit anglo-saxon, et que l'on traduit en français par le mot « fiducie », offre de nombreux avantages. Elle permet de séparer du patrimoine une masse de biens pour en confier la gestion à un fiduciaire c'est-à-dire qu'elle offre la possibilité de constituer des patrimoines d'affectation et par là même autorise l'entrepreneur à protéger une partie de ses biens.

A la suite de cette convention, plusieurs projets de loi, dont le plus récent date de 1995, se sont succédés. Ils visent à réformer le Code civil pour y introduire la fiducie. Aucun n'a, à ce jour, abouti, ce qui montre la difficulté qu'il y a d'abandonner le principe de l'unicité du patrimoine. Mais, ce n'est qu'une question de temps, la France ne peut revenir sur son engagement international.

Par ailleurs, il existe, en droit interne français, des solutions pour dépasser ce problème. La loi du 11 juillet 1985, créant l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (E.U.R.L.), ou encore celle du 12 juillet 1999 sur la société anonyme simplifiée unipersonnelle (S.A.S.U), permettent la création d'une société d'une seule personne. Cette société est dotée d'une personnalité juridique qui assure un écran très protecteur à son unique membre. Cette construction qui respecte le principe de l'unicité du patrimoine, puisqu'il y a création d'une nouvelle personne morale disposant d'un patrimoine, permet en quelque sorte à l'entrepreneur individuel

d'obtenir le même résultat pratique quant à l'engagement de sa responsabilité pécuniaire, que celui offert par les systèmes juridiques qui admettent le patrimoine d'affectation.

Mais comme on va le voir maintenant, l'existence d'une personne morale sous le couvert de laquelle l'entrepreneur décide de poursuivre son activité professionnelle n'assure pas toujours une telle protection. Celle-ci dépend essentiellement de la forme juridique choisie.

#### **B/ La responsabilité solidaire et indivisible des entrepreneurs collectifs**

**11.-** Le jugement qui ouvre une procédure collective à l'encontre d'un groupement de personnes doté de la personnalité morale concerne en premier lieu le patrimoine de cette personne morale.

Toutefois le patrimoine des membres de ce groupement ne sera pas forcément épargné pour autant. Ce jugement ne produit pas toujours les mêmes effets. Cette différence de régime résulte de la forme juridique qui a été choisie comme support juridique à ce groupement.

Certaines formes sociales, parfois qualifiées d'« opaques », comme la société anonyme ou la société à responsabilité limitée, protègent efficacement leurs membres. La procédure de faillite ouverte à l'encontre de la personne morale ne les atteint pas : les membres ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence de leurs apports au groupement.

**12.-** Au contraire, d'autres formes juridiques, parfois appelées « transparentes », comme, notamment, les sociétés de personnes, n'assurent aucune limitation de responsabilité. En entrant dans un groupement dont la forme juridique entraîne une responsabilité solidaire et indéfinie, le membre lie en quelque sorte son propre sort à celui de l'entreprise et accepte, par conséquent, le risque qui en découle.

Lorsqu'une procédure collective s'ouvre à l'encontre de ce type de personne morale, le principe est que celle-ci produit également ses effets à l'égard de ses membres. Ce principe s'est progressivement renforcé et élargi. Il ne visait au départ que les membres d'une personne morale qui avait la qualité de commerçant et qui poursuivait en droit ou en fait un but lucratif. Désormais, il concerne, depuis la loi du 25 juillet 1985, les membres de toutes les personnes morales. La règle est tirée de l'ancien article 178 de la loi du 25 janvier 1985 (article L 624-1 du Code de commerce) : « *Le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaire de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social* ».

Sont ainsi concernés les associés de société en nom collectif, les associés commandités d'une société en commandite simple ou en commandite par actions et les membres de groupements économiques. Les associés de société civile professionnelle sont également visés car, s'ils répondent, en tant qu'associé de société civile, indéfiniment de la dette sociale ; ils sont, en outre et contrairement

aux associés de sociétés civiles de droit commun, tenus solidairement des dettes sociales à l'égard des tiers.

Tenu au passif social du fait de la transparence du groupement, le membre ou l'associé doit l'acquitter dans la mesure où le groupement n'est pas en état de le faire. Si lui, non plus, ne peut pas payer et faire face au passif exigible, il se retrouvera, comme le groupement, en état de cessation de paiement et fera l'objet à titre personnel d'une procédure collective. Cette règle est d'ordre public, la responsabilité s'opère donc de plein droit, par conséquent, automatiquement, indépendamment d'une faute commise par le membre.

La décision d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une personne morale qui comporte des membres solidairement et indéfiniment responsables du passif social entraîne, par conséquent, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de chaque membre ou associé respectivement. Ce lien qui existe entre la procédure ouverte à l'encontre de la personne morale et celles ouvertes à l'encontre de chacun de ses membres implique qu'une juridiction unique soit saisie. Le tribunal compétent est celui du siège de la personne morale, peu important que les membres n'y soient pas domiciliés.

Mais cela ne veut pas dire pour autant que le tribunal ouvre une procédure unique englobant les patrimoines de l'ensemble des personnes concernées. Chaque procédure reste indépendante. Chacune a sa propre autonomie. Cela ouvre au tribunal une plus grande liberté de décision. Il n'est pas tenu de retenir une solution unique pour l'ensemble des parties concernées. Il peut, par exemple, distinguer le sort de chacun et prononcer des mesures de liquidation pour les uns et de redressement pour les autres. Ce n'est qu'exceptionnellement et à titre de sanction, lorsqu'il constate que la personne morale est fictive ou qu'il existe une confusion de patrimoines entre le sien et celui de ses membres, qu'il prononce une procédure unique pour l'ensemble.

**13.-** Bien souvent, les membres de groupement qui sont solidairement et indéfiniment responsables ne se contentent pas de rester simplement associés. Ils prennent également une part active à la gestion. Les fautes qu'ils pourraient commettre à l'occasion de cette activité les entraînent alors sur le terrain d'une autre responsabilité dont le régime est commun à tous les dirigeants de personne morale et qui se cumule avec celui que l'on vient de décrire.

## **II/ LA RESPONSABILITE POUR FAUTE INDIFFERENTE A LA FORME JURIDIQUE DU GROUPEMENT**

**14.-** Ici, ce ne sont pas les associés qui sont au centre du débat mais les dirigeants.

Il faut, en effet, rappeler que la gestion d'une entreprise place celui qui l'exerce dans un régime de responsabilité qui l'amènera, en cas de fautes, à répondre de ses actes. Cette responsabilité, comme on le verra, est indifférente à la forme juridique choisie pour mener cette entreprise. Il convient d'examiner les conditions



qui gouvernent la mise en œuvre de cette responsabilité (A), pour ensuite nous intéresser à son régime (B).

#### **A/ Des conditions d'ouverture indépendantes de la forme juridique de l'entreprise**

**15.-** Lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre d'une personne morale, le jugement concerne le patrimoine de celle-ci. Il n'affecte pas, en principe le patrimoine de ses dirigeants. Leur seule qualité de dirigeant de personne morale ne suffit pas, en tant que telle, à les rendre responsables du passif social ou à ouvrir à leur encontre une procédure collective à titre personnel sauf s'ils sont, par ailleurs, associés ou membres indéfiniment responsables de celle-ci.

Mais l'écran très protecteur de la personnalité morale peut déboucher sur une impunité des dirigeants indécents si le droit ne sanctionne pas leurs abus ou leurs fautes. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence, tout d'abord, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, puis la loi ensuite, ont considéré qu'il était trop facile pour eux de se réfugier derrière un tel écran pour se soustraire aux règles de conduite les plus élémentaires.

Un système a donc été élaboré permettant d'engager la responsabilité des dirigeants fautifs. Même s'ils exercent dans un groupement « opaque », ils peuvent être déclarés responsables et devoir désintéresser les créanciers sociaux, en cas d'insuffisance d'actif.

De surcroît, outre les sanctions professionnelles et pénales qu'il encourt au même titre que l'entrepreneur individuel, le dirigeant social, du fait de sa gestion, peut être soumis à des sanctions civiles de nature patrimoniale consistant soit à mettre à sa charge une partie des dettes sociales (c'est l'action en comblement de passif qui est une variété d'action en responsabilité civile), soit à étendre à son encontre la procédure collective de la personne morale (c'est la procédure d'extension de faillite qui consiste à ouvrir contre lui une procédure collective distincte de celle engagée à l'encontre de la personne morale et qui conduit au prononcé de son redressement ou de sa liquidation judiciaire personnelle).

**16.-** L'évolution récente traduit un net renforcement de ce système de responsabilité. En effet, pendant longtemps on pensait que seules étaient visées les activités lucratives qui avaient conduit à un enrichissement personnel des dirigeants. Les dirigeants de personne morale à but non lucratif comme les associations ou certaines mutuelles restaient donc à l'abri de celui-ci.

Mais le champ d'application de cette responsabilité s'est progressivement élargi depuis les quinze dernières années. La jurisprudence de la Cour de cassation a, dans un premier temps, dispensé le juge de rechercher le caractère lucratif de l'activité. Il suffisait qu'il relève l'existence d'une activité économique. Dans un deuxième temps, cette jurisprudence a été consacrée par le législateur qui, dans l'article 179 de la loi du 25 janvier 1985 (art. L. 624-2 du Code de commerce), a retenu la formule de « *personne morale de droit privé ayant une activité économique* » comme condition d'ouverture de ces actions. Puis, dans un troisième

temps, la réforme opérée par la loi du 10 juin 1994 a encore élargi ce champ en supprimant de cet article l'exigence de la poursuite d'une activité économique.

Désormais, les dirigeants d'une *personne morale de droit privé*, indépendamment de toute référence au caractère économique de l'activité de celle-ci, de sa nature lucrative ou désintéressée et comme nous l'avons dit de sa forme juridique, encourent une responsabilité financière s'ils ont commis des fautes. Sont donc aujourd'hui passibles de ces sanctions, non seulement les dirigeants d'entreprise de type capitaliste, mais aussi les dirigeants d'associations caritatives ou de tout groupement poursuivant une activité bénévole. Quant est-il alors de l'étendue de leur responsabilité ?

#### **B/ Le régime de responsabilité pour faute des dirigeants sociaux**

**17.-** La responsabilité des dirigeants de personnes morales de droit privé peut revêtir, dans le cadre de la loi du 25 janvier 1985, deux formes différentes : soit la forme d'une action en comblement de passif, soit celle d'une procédure d'extension de faillite. Ces deux actions se prescrivent par trois ans à compter du jugement qui arrête le plan de redressement de l'entreprise ou qui prononce sa liquidation judiciaire. L'une aboutit à adoucir sa responsabilité par rapport à celle du droit commun (1), l'autre à l'aggraver (2).

##### **1°/ Le régime adouci**

**18.-** S'agissant de l'action en comblement de passif social, telle qu'elle est visée à l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 (art. L 624-3 du Code de commerce), son régime et ses effets présentent des particularités au regard du droit commun qui méritent d'être développées.

En effet, le tribunal peut l'ouvrir en cas de faute de gestion ayant contribué à créer l'insuffisance d'actif d'une personne morale en redressement ou en liquidation judiciaire. Or, d'une part, les cas d'ouverture de cette action restent limités par la jurisprudence aux fautes caractérisées par de sérieuses lacunes de gestion, comme, par exemple, le fait de n'avoir pas tenu de comptabilité. D'autre part, la loi du 25 janvier 1985 instaure l'obligation de rapporter la preuve de cette faute, alors que celle-ci était précédemment présumée du seul fait de la mauvaise gestion.

En outre, les tribunaux, dans leur grande majorité, considèrent que cette action ne se cumule ni avec les actions spécifiquement prévues par le droit des sociétés à l'encontre des dirigeants fautifs de sociétés à responsabilité limitée (C. com., art. 223-22) ou de société anonyme (C. com., art. 225-251), ni avec l'action en responsabilité de droit commun fondée sur l'article 1382 du code civil. Or, dans ce dernier système de responsabilité, toute faute, indépendamment de sa gravité, est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur.

En conséquence, si la loi a renforcé l'étendue de cette responsabilité à toutes les personnes morales de droit privé, la jurisprudence, au contraire, est venue en modérer l'application en ne retenant que les fautes caractérisées et non pas toutes les fautes. En n'autorisant pas non plus le cumul de cette action avec celle du droit commun ou celles tirées du droit des sociétés, cela aboutit à créer un régime

dérogatoire adouci, puisqu'il exclut l'application du droit commun de la responsabilité. Ce régime dérogatoire peut paraître critiquable dans la mesure où, paradoxalement, il s'avère plus favorable pour le dirigeant dont les fautes ont entraîné la ruine de l'entreprise que pour celui dont les fautes n'ont pas été d'une gravité suffisante pour l'entraîner dans une procédure collective.

## 2°/ Le régime aggravé

**19.-** L'action en extension de faillite, quant à elle, introduit un régime plus sévère pour les dirigeants. Par sa philosophie, elle se rapproche davantage d'une sanction que d'une action en responsabilité. Elle est ouverte non seulement lorsqu'un dirigeant précédemment condamné à contribuer au comblement du passif social ne s'acquitte pas de sa dette (art. 181 de la loi, codifié art. L 624-4 du Code de commerce), mais aussi dans sept autres cas énumérés par la loi (art.182 de la loi codifié art. L 624-5 du Code de commerce). Cette énumération concerne des faits constituant des fautes de gestion particulièrement graves telles, entre autres, le fait d'avoir disposé des biens de la personne morale comme de ses biens propres, ou de les avoir utilisés dans un intérêt personnel ou contraire à celui de l'entreprise, d'avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel en les masquant sous le couvert de la personne morale, d'avoir dissimulé tout ou partie de l'actif, d'avoir frauduleusement augmenté le passif, d'avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète et irrégulière, etc.

La réforme de 1994 a encore renforcé les sanctions envisageables puisque dès l'ouverture de la procédure d'extension, il est désormais possible de prononcer directement la liquidation des dirigeants, sans devoir passer par une phase de redressement judiciaire, comme c'était le cas auparavant.

**20.-** En conclusion, le système mis en place progressivement par le droit français repose aujourd'hui sur une certaine logique. Il apparaît cohérent et présente le mérite de la simplicité :

1) Une responsabilité découlant directement du risque que l'entrepreneur a accepté de prendre lorsqu'il a décidé de se lancer dans l'aventure économique. Son étendue est alors étroitement liée au moyen et à la méthode choisis :

- Veut-il tenter l'aventure en solitaire ? Dans ce cas, le risque financier sera réel, sa satisfaction sera d'autant plus grande qu'il n'aura pas à partager le profit.

- Préfère-t-il, au contraire, ne pas s'engager dans une aventure qui lui paraît trop difficile pour être menée de façon isolée ? Dans ce cas, le risque sera d'autant plus réduit que le groupement comportera de membres, certaines formes juridiques de groupements permettant même de limiter totalement les risques. Mais comme les pertes, les profits seront répartis entre tous.

2) Une responsabilité liée à la réalisation d'actes de gestion, c'est-à-dire découlant de la qualité de gestionnaire. Cette responsabilité est indépendante de la forme de l'entreprise, ce qui semble normal puisqu'elle vise à contrôler et à sanctionner le comportement de celui qui la dirige. C'est, en quelque sorte, pour prendre une image, le contrôle du chef de l'expédition, du capitaine du navire. Peut

importe que ce navire soit grand ou petit, peut importe sa taille ou sa forme, son capitaine doit lui faire traverser les tempêtes, ne pas le projeter sur les récifs et le mener à bon port. C'est ce qu'attendent de lui ses passagers.

**20.-** Par sa clarté, le système français de la responsabilité pécuniaire des dirigeants d'entreprise est facile à mettre en œuvre. Il se distingue du système retenu en droit anglais de la faillite plus compliqué, qui n'a pas construit en ce domaine un système unifié. En effet, certaines règles sont tirées de la *common Law*, d'autres de l'*Equity*. Elles ont mis 150 ans à s'élaborer en Angleterre et environ autant aux Etats-Unis, essentiellement sur la base d'un droit jurisprudentiel. Cette formule paraît difficile à retenir dans un pays qui a un besoin immédiat de règles stables et précises.

Enfin, le système français est, par hypothèse, adapté aux sociétés françaises. Or, on s'aperçoit que le droit malgache des sociétés reste très proche de la loi française. Celui-ci connaît, aussi, les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. L'entreprise unipersonnelle y est présente sous plusieurs formes. C'est la raison pour laquelle le système retenu en France pour la responsabilité des entrepreneurs pourrait sans grandes difficultés inspirer le droit malgache.

**8<sup>ème</sup> thème : Droit social**