ComUE Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en droit

Présentée et soutenue publiquement le 15 décembre 2016

Par **Maxime COTTIGNY**

RESPONSABILITÉ CIVILE ET PROCÉDURES COLLECTIVES

Directeur de thèse

Monsieur Denis Voinot, *Professeur à l'Université de Lille 2*

Membres du jury

Madame Françoise Auque, *Professeur émérite à l'Université de Lille 2*

Madame Christine Lebel, *Maître de conférences HDR à l'Université de Franche-Comté*

Monsieur Stéphane Piedelièvre, *Professeur à l'Université de Paris-Est*

À la mémoire d'Ysabel,

Pour Zélia,

Remerciements

À Monsieur le Professeur Denis Voinot, dont la disponibilité, la patience et les conseils avisés m'ont permis d'aller au bout de ce travail. Je le remercie sincèrement pour la confiance sans faille qu'il a su m'accorder depuis le master 2.

À Clémence, qui, par ses encouragements et son soutien indéfectible, m'a permis de mener ce travail à son terme. Je la remercie du fond du cœur d'être présente à mes côtés depuis ces années.

Mes plus profonds remerciements vont à mes grands-parents, parents, frères et sœurs. Tout au long de mon cursus, ils m'ont toujours soutenu, encouragé et aidé. Ils ont su me donner toutes les chances pour réussir. Qu'ils trouvent, dans la réalisation de ce travail, l'aboutissement de leurs efforts ainsi que l'expression de ma plus affectueuse gratitude.

À Édith Fatus, dont les mots, toujours justes, m'ont aidé à garder confiance.

Principales abréviations

-A-

Act. proc. coll.	Actualités des procédures collectives
AJ	partie « Actualité juridique » (recueil Dalloz)
AJCA	AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution
AJDA	AJ Droit administratif
Arch. phil. Dr.	Archive de philosophie du droit
Ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière

-B-

Banque et droit	Revue Banque et droit
Bull. Joly	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté

-C-

CA	cour d'appel
CAA	cour administrative d'appel
Cass., civ 1re ; com., etc.	Cour de cassation (première chambre civile, chambre commerciale…)
CE	Conseil d'état
Ch., civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Ch., réun.	Chambre réunies
chron.	chronique, aussi partie « Chronique » (dans divers recueils et revues)
coll.	collection
comm.	Commentaire
Cons., const.	Conseil constitutionnel

-D-

D. Affaires	Dalloz Affaires
D.	Dalloz – Sirey (recueil)
D. et patrim.	Droit et patrimoine
D. pénal	Droit pénal
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Dr., proc.	Droit et procédures

-E-

éd.	Edition
et al.	*et alii* (et les autres)

-F-

fasc.	Fascicule

-G-

Gaz. pal.	Gazette du palais
Gaz. proc. coll.	Gazette des procédures collectives

-I-

i.e.	c'est à dire
Ibid.	*Ibidem* (cité à la référence précédente)
Infra	au-dessous de

-J-

JA	Juris Associations
JCP ACT	Juris-classeur administrations et collectivités territoriales
JCP E	Juris-classeur périodique, édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique, édition générale
JCP N	Juris-classeur périodique, édition notariale
JCP S	Juris-classeur périodique, édition sociale
JO	Journal officiel

-L-

LEDEN	L'essentiel Droit des entreprises en difficulté
LPA	Petites affiches (Les)

-N-

n°(s)	numéro(s)

-O-

obs.	observation(s)
op. cit.	*opere citato* (dans l'ouvrage cité)

-R-

RC et ass.	Responsabilité civile et assurances
RD banc. et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RDI	Revue de droit immobilier
RD public	Revue du droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rep. civ.	Répertoire de droit civil
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives civiles et commerciales
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RRJDP	Revue de la recherche juridique
RSC	Revue de sciences criminelles
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD euro.	Revue trimestrielle de droit européen

-S-

somm.	partie « Sommaire » (dans divers recueils et revues)
supra	au dessus-de

-T-

t.	tome
T. com.	tribunal de commerce
TGI	tribunal de grande instance
T. confl.	tribunal des conflits

-V-

v.	voir

Sommaire

Introduction

Première partie : L'utilisation de la responsabilité civile dans les procédures collectives

Titre 1 : Une utilisation cohérente

Chapitre 1 : Un outil au service des finalités des procédures collectives
***S**ection 1 : Un outil de la politique juridique de la procédure collective*
***S**ection 2 : Un outil de défense de l'efficacité du droit des procédures collectives*

Chapitre 2 : Un outil au service du régime de la procédure collective
***S**ection 1 : L'appréhension subjective de la responsabilité*
***S**ection 2 : L'appréhension matérielle de la responsabilité pour atteindre le patrimoine*

Titre 2 : Une utilisation opportuniste

Chapitre 1 : L'usage fluctuant de la responsabilité civile
***S**ection 1 : Le regain de la responsabilité civile*
***S**ection 2 : Le déclin de la responsabilité civile*

Chapitre 2 : L'usage pragmatique de la responsabilité civile
***S**ection 1 : L'adaptation de l'action en responsabilité civile à la procédure collective*
***S**ection 2 : L'adaptation de la reconnaissance de responsabilité*

Deuxième partie : La mutation de la responsabilité civile par les procédures collectives

Titre 1 : L'évolution de la finalité de la responsabilité civile

Chapitre 1 : La construction de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives
***S**ection 1 : Le fondement de l'efficacité juridique*
***S**ection 2 : L'objet de l'efficacité juridique*

Chapitre 2 : La construction de la fonction protectrice de la responsabilité civile
***S**ection 1 : La mise en évidence de la fonction protectrice*
***S**ection 2 : Le fondement de la fonction protectrice*

Titre 2 : L'évolution du régime de la responsabilité civile

Chapitre 1 : L'incidence sur les fondements de la responsabilité civile
***S**ection 1 : Les nouveaux caractères de la faute en droit des procédures collectives*
***S**ection 2 : Les nouveaux caractères des préjudices et liens causals de la procédure collective*

Chapitre 2 : L'incidence sur le déclenchement de l'action en responsabilité civile
***S**ection 1 : Les actions en responsabilité intrinsèques à la procédure collective*
***S**ection 2 : L'assurabilité des fautes issues de la procédure collective*

Conclusion générale

Introduction générale

> « Joignez ce qui est complet et ce qui ne l'est pas, ce qui concorde et ce qui discorde, ce qui est en harmonie et ce qui est en désaccord, de toutes choses une et d'une, toutes choses[1] ».

Prélude théâtral[2].

« MERCADET – Vous sentez-vous le génie de vous soutenir, en bottes vernies, à la hauteur de vos vices ? de dominer les gens d'esprit par la puissance du capital, par la force de votre intelligence ? Aurez-vous toujours le talent de louvoyer entre ces deux caps où sombre l'élégance : le restaurant à quarante sous et Clichy ?...

DE LA BRIVE – Mais vous entrez dans ma conscience comme un voleur, vous êtes ma pensée ! Que voulez-vous de moi ?

MERCADET – Je veux vous sauver en vous lançant dans le monde des affaires.

DE LA BRIVE – Par où ?

MERCADET – Soyez l'homme qui se compromettra pour moi…

DE LA BRIVE – Les hommes de paille peuvent brûler…

MERCADET – Soyez incombustible.

DE LA BRIVE – Comment entendez-vous les parts ?

MERCADET – Essayez ! servez-moi dans la circonstance désespérée où je me trouve, et je vous rends… vos quarante-sept mille deux cent trente-trois francs soixante-dix-neuf centimes… Entre nous, là, vraiment, il ne faut que de l'adresse…

DE LA BRIVE – Au pistolet, à l'épée…

MERCADET – Il n'y a personne à tuer. Au contraire…

DE LA BRIVE – Ça me va.

MERCADET – Il faut faire revivre un homme.

DE LA BRIVE – Ça ne me va plus ! Mon cher ami, le Légataire, la Cassette d'Harpagon, le petit mulet de Sganarelle, enfin toutes les farces qui nous font rire dans l'ancien théâtre, sont aujourd'hui très mal prises dans la vie réelle. On y mêle des commissaires de police, que, depuis l'abolition des privilèges, l'on ne rosse plus.

---

[1] Les Penseurs grecs avant Socrate, de Thalès de Milet à Prodicos, Traduction, préface et notes par J. Voilquin, Poche, 1964, Fragment 10. 1964.

[2] H. De Balzac, *Le faiseur*, Flammarion, acte IV, scène 3, p. 134-135.

MERCADET – Et cinq ans de Clichy, hein ! quelle condamnation !...
DE LA BRIVE – Au fait ! c'est selon ce que vous ferez faire au personnage !... car mon honneur est intact et vaut la peine de…
MERCADET – Vous voulez le bien placer, mais nous en aurons trop besoin pour n'en pas tirer tout ce qu'il vaut ! Voyez-vous ! tant que je ne serai pas tombé, je conserve le droit de fonder des entreprises, de lancer des affaires. On nous a tué la prime. Les commandites expirent de la maladie du dividende, mais notre esprit sera toujours plus fort que la loi ! On ne tuera jamais la spéculation. J'ai compris mon époque ! Aujourd'hui, toute affaire qui promet un gain immédiat sur une valeur… quelconque, même chimérique, est faisable ! On vend l'avenir, comme la loterie vendait le rêve de ses chances impossibles. Aidez-moi donc à rester assis autour de cette table toujours servie de la Bourse, et nous nous y donnerons une indigestion ! car, voyez-vous, ceux qui cherchent des millions les trouvent très difficilement, mais ceux qui ne les cherchent pas n'en ont jamais trouvé… »

L'une des finalités du monde des affaires, pour Mercadet, est de réaliser des profits. Étant soumis à des fins purement économiques, pour y parvenir, toutes les opportunités doivent être saisies rapidement ; et ce qui compte finalement est le bénéfice net[1]. Toutefois, ce souci de rapidité doit aussi être concilié avec celui de sécurité des acteurs sociaux, des tiers, des organes représentatifs, etc. Mais comment amener la sécurité sans pour autant risquer de paralyser la vie des affaires ? Par l'intervention législative, pas toujours cohérente ? Par la pratique ? Ou au contraire en évitant toute intrusion et prôner la liberté ?

I – Définition de la responsabilité civile

Généralités. La responsabilité, semble *a priori* être une relation typiquement interindividuelle ; une personne a subi un dommage et l'autre le réparer[2]. La responsabilité doit s'entendre comme la réponse de l'autorité judiciaire à un comportement considéré comme fautif aux yeux de la loi, c'est-à-dire un comportement contraire aux exigences d'une obligation juridique et constituant un acte illicite. La responsabilité permettra donc au droit d'imputer les conséquences de l'acte illicite, de sorte que celui-ci transformera un rapport de fait en relation juridique, en dressant face à face un droit et une obligation[3].

[1] V., J. Hilaire, *Le Droit, Les Affaires et L'Histoire*, Economica, p. 77.
[2] V., J.-C. Jobart, *L'individualisme en droit public français,* thèse, Toulouse 1, 2009, p. 883.
[3] M. Virally, *La pensée juridique*, éd. Panthéon Assas, coll. Les introuvables, p. 109.

Dans une approche étymologique, *responsum* dérive de *respondere*, qui lui-même renvoie à *sponsio* et à *spondere.* Le droit romain ne connaît donc pas les termes de responsabilité et de responsable, le Digeste ne fait mention d'aucune considération sur ce mot. Cela ne signifie pas pour autant que la responsabilité n'existe pas, seulement celle-ci n'est pas mentionnée en tant qu'institution[1]. À partir de 1284, l'adjectif « responsable », dérivé de *respondere,* devient habituel[2]. Dès lors, la définition se cristallise progressivement sur le sens lié à l'obligation de répondre.[3] Le Code Napoléon retiendra d'ailleurs ce terme à l'article 1383, ancien, du Code civil plutôt que celui de responsabilité : « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Le mot « responsabilité » n'apparaît qu'à la fin du XVIIIe siècle. D'abord corrélat du pouvoir puisque le premier emploi[4] qu'en ait trouvé les auteurs réside dans la formule de Necker « la confiance dans ce papier naît de la responsabilité du gouvernement » ; la responsabilité s'est « épanouie en devenant juridique[5].

Dès le Moyen Âge, la responsabilité sera vue comme une relation de l'homme à Dieu. Placée sous l'égide de la responsabilité morale, le responsable est celui qui répond, devant Dieu, de ses actes[6].

Puis, la construction de la responsabilité s'est peu à peu tournée vers d'autres formes de sanctions dont la responsabilité civile. Couramment défini comme « l'obligation mise à la charge d'un responsable de réparer les dommages causés à autrui[7] », la responsabilité civile délictuelle trouve son siège dans le Code civil à l'article 1240. Ce dernier dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer[8] ». Finalement, la responsabilité n'implique pas une culpabilité, mais une obligation de réparer.[9]

---

[1] V., G. Pignarre, « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », *RC et assur.* 2011, n° 6 bis, p. 10.

[2] V., J.-C. Jobart, *L'individualisme en droit public français,* thèse, Toulouse 1, 2009, p. 886.

[3] V., O. Descamps, « L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *Droits* 2005, n° 41, p. 91.

[4] J. Henriot, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsable », *Arch. phil. Dr.*, Sirey, 1977, n° 22, p. 59 et s.

[5] G. Pignarre, *op. cit.*

[6] V., G. Viney, « La responsabilité et ses transformations (responsabilités civile et pénale) », *in Qu'est-ce que l'humain ?*, Y. Michaud (dir.), Éditions Odile Jacob, Université de tous les savoirs, vol. 2, p. 144 ;

[7] P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 8e éd., p. 1.

[8] L'avant projet de loi portant réforme de la responsabilité civile ne prévoit pas de reprendre ce principe tel qu'il est cité.

[9] V., J.-C. Jobart, *L'individualisme en droit public français,* thèse, Toulouse 1, 2009, p. 884.

Notons qu'une dualité est instituée entre responsabilité délictuelle et contractuelle[1], lorsque le dommage causé résulte de l'inexécution d'un contrat liant le responsable et la victime[2], et que si un débat existe autour de l'existence de dernière, remise en question pour les uns[3], qualifiée de « faux concept » pour les autres[4], la distinction entre les deux types de responsabilité est admise en droit positif ainsi qu'en jurisprudence[5]. L'avant projet de réforme du droit de la responsabilité civile envisage aussi de consacrer la reconnaissance d'une responsabilité contractuelle, en instituant des dispositions communes aux deux types de responsabilité, ainsi que des dispositions propres à la responsabilité contractuelle.
Le droit des procédures collectives est quant à lui indifférent, l'inexécution contractuelle donnera lieu à des dommages et intérêts lorsqu'une disposition contractuelle sera méconnue, alors les actions en responsabilité spécifiques à la procédure collective ont toutes un fondement délictuel.

Un droit en mouvement. Le point de départ est sans doute l'avant projet de réforme du droit de la responsabilité issu du projet dit Catala[6]. Si ses dispositions ne sont pas entrées en vigueur, elles ont eu le mérite de pointer l'urgence d'une réforme de la responsabilité civile et de servir de base de travail à des propositions futures.
Ce fut le cas avec le dépôt d'une proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, s'inspirant directement de l'avant-projet Catala, ainsi que des propositions faites dans le cadre d'Unidroit[7] et des Principes du droit européen des contrats[8], celle-ci a été enregistrée à la présidence du Sénat le 9 juillet 2010. Présentée par M. Béteille, cette proposition est issue de la réflexion d'un groupe de travail qui a pu souligner la nécessité d'une réforme de la responsabilité civile autour de trois impératifs : « consolider la jurisprudence, la clarifier sur

---

[1] V., H. Mazeaud, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1929, p. 551 ; P. Esmein, « Le fondement de la responsabilité contractuelle, rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.* 1933, p. 629.
[2] P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile op. cit.*
[3] G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », *in Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXIe siècle,* LGDJ, 2001, p. 921.
[4] Ph. Remy, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ*. 1997, p. 323.
[5] Cass., civ. 1re 4 novembre 1992, cassation n° 89-17.420.
[6] Rapport : *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription,* sous la direction de P. Catala, La Documentation Française, art. 1340 à 1386.
[7] Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, adoptés par le Conseil de Direction d'UNIDROIT à sa 83ème session tenue à Rome les 19 et 21 avril 2004.
[8] V., D. Mazeaud, « Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen... », *RTD euro.* 2008, p. 723.

les principaux points qui font aujourd'hui débat et intégrer un certain nombre d'innovations au régime juridique actuel[1] ». Or, cette volonté de rénover le droit de la responsabilité civile comportait un intérêt au regard des conséquences sur la compétitivité des entreprises. Dans ce cadre, il serait opportun de clarifier la ligne de démarcation entre le droit commun de la responsabilité civile et celui, spécial, contenu au Code de commerce qui reprend les règles du droit commun et dont la seule fonction est de permettre leur application[2]. Cette proposition de loi fut abandonnée et un autre projet de réforme, rédigé sous la direction de F. Terré, fut transmis à la Chancellerie en 2010 et publié en 2011[3]. Aujourd'hui, aucune réforme du droit de la responsabilité n'est encore adoptée. Mais, après celle consacrée au droit des contrats, l'heure est venue de refondre enfin le droit de la responsabilité civile[4]. Un avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile soumis à consultation publique d'avril à août 2016, devrait être présenté au conseil des ministres au premier trimestre 2017[5].

Cette évolution théorique de la responsabilité civile se caractérise aussi par une évolution pratique : le dépassement de ses frontières. En effet, au visa des exigences constitutionnelles, la création de régimes spéciaux « ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée[6] ». Cet aménagement, se retrouve en droit des procédures collectives.

II – Définition des procédures collectives

Justification terminologique. L'expression droit des « procédures collectives » s'est substituée à celle plus contemporaine « des entreprises en difficulté » ; révélant par là une évolution profonde de la matière qui, d'une discipline orientée vers le désintéressement des créanciers, devient un ensemble de règles destinées à prévenir et à traiter les défaillances

[1] Rapport d'information du Sénat n° 558, fait par MM. Anziani et Béteille formant le groupe de travail relatif à la responsabilité civile, enregistré à la présidence du Sénat le 15 juillet 2009. Spéc., « conclusions de la commission », p. 7.
[2] V., Rapport d'information du Sénat n° 558, *op. cit.,* p. 19.
[3] F. Terré (dir.) *et al., Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2011.
[4] V., G. Viney, « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité », *JCP G* 2016, n° 4, doctr. 99.
[5] V., J.-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile – Commentaires des principales dispositions », *D.* 2016, p. 1442.
[6] Cons., const. 22 juillet 2005, DC n° 2005-522, précité.

d'entreprises[1]. Bien que cela soit incontestable, il n'en demeure pas moins que les procédures susceptibles d'être ouvertes, parce qu'elles font intervenir différentes personnes, parmi celles-ci le mandataire judiciaire, voire le cas échant le liquidateur judiciaire, qui agissent dans l'intérêt collectif des créanciers, sont collectives. Cet aspect collectif fait du droit des procédures collectives un « tout » autonome, dont les éléments contribuent à la recherche de ses finalités, partant à sa bonne marche. Ce faisant, le droit des procédures collectives, qui apparaît davantage comme un droit de la communauté que comme un droit de l'individu est construit sur une logique holiste. Or, parce qu'il répond à une logique holiste, le droit des procédures collectives ne doit pas être considéré comme une agglomération de procédures au sein desquelles des personnes interviennent, sans poursuivre une finalité commune. Ainsi donc, selon nous l'expression de procédures collectives retranscrit mieux cette logique, c'est pourquoi nous l'avons choisie. Mais, pour la suite de nos développements, nous utiliserons ces deux expressions pour synonymes.

Généralités. L'entreprise naît, vit, et connaît parfois des difficultés l'orientant soit vers la résolution de celles-ci, soit vers la liquidation et la disparition de l'entreprise. Le législateur récent s'est véritablement centré sur cette dernière possibilité afin, comme nous l'avons vu, de la prévenir, en détectant « les signes avant-coureurs, et, lorsque ces difficultés apparaissent, à la régler à l'amiable, sinon à la traiter judiciairement[2] ». La finalité tient en la création d'un droit des procédures collectives, applicable si le débiteur en difficulté manque à ses engagements et perturbe l'ordre juridique économique. Ce droit s'est complexifié au fil des réformes en raison de la diversité des intérêts qu'il s'efforce de concilier[3].

Ce droit interviendra par le biais de diverses procédures préventives ou de traitement, dont le régime juridique est situé au livre VI du Code de commerce. Le droit des procédures collectives, parce que la situation économique et financière du débiteur est difficile, doit concilier les intérêts des créanciers, du débiteur et l'intérêt public, afin d'éviter le prix de la course. Les différentes procédures, qui varient en fonction de l'état économique du débiteur, sont d'ordre public et obligent les créanciers à se soumettre à une discipline collective[4]. Ce ne

---

[1] V., C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté,* LGDJ, Domat droit privé, 9e éd., n° 1, p. 9.

[2] F. Derrida *et al., Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985,* Dalloz, 3e éd., n° 5, p. 12.

[3] V., A. Martin-Serf, « l'évolution législative et les conflits », *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2008, colloque de l'Association Droit et Commerce, p. 1694.

[4] Il semblerait toutefois que l'évolution du droit des procédures collectives, se délesterait se son empreinte d'ordre public pour adopter des solutions de plus en plus négociées. Mettant

sera qu'à l'issue de ces procédures qu'ils pourront prétendre à être payés, selon un ordre déterminé[1]. Donc, ce droit, dérogatoire au droit commun, tend à assurer l'arbitrage entre le droit des créanciers, leurs intérêts et le droit et les intérêts du débiteur. Non plus à punir ce dernier sur son patrimoine ou par une sanction pénale.

III – Conjonction des deux matières

Justification de l'étude de ces deux matières. Nous devons répondre de nos actes en tant que personne engagée « dans une société composée d'autres personnes vis-à-vis desquelles nous sommes obligés[2] ». En d'autres termes, l'individu en tant que personne doit assumer les conséquences de ses actes, que ce soit vis-à-vis de lui-même mais également dans ses rapports avec les tiers et avec son environnement. Les hommes se sentent donc responsables parce qu'ils se veulent libres[3].

La responsabilité, qui dérive du principe de liberté en constitue une garantie par la coordination interindividuelle des conduites qu'elle suppose[4].

À ce propos, la place du droit des obligations en général, et du droit de la responsabilité civile en particulier dans le droit des affaires, a suscité un regain d'intérêt de la part de la doctrine[5].

---

alors en évidence le succès des mesures préventives. V., « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, entretien 2.

[1] V., D. Voinot, *Procédures collectives*, LGDJ, coll. Cours, 2e éd., n° 1, p. 1.

[2] J.-F. Mattéi, « Le fondement éthique de la responsabilité », *RC et assur.* Éditions du Juris-Classeur, 2001, n° 6 bis, p. 17.

[3] V., Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 1. Dans sa décision du 9 novembre 1999, le Conseil constitutionnel (DC n° 99-419) qui a donné au principe de la responsabilité civile pour faute de l'ancien article 1382, s'est rattaché à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui dispose que « la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

[4] V., J.-C. Jobart, *L'individualisme en droit public français,* thèse, Toulouse 1, 2009, p. 893.

[5] V., M. Jeantin « Droit des obligations et droit des sociétés », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 317. ; D. Tallon, « Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial », *in Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 649 ; J. Hamel, « Droit civil et droit commercial en 1950 », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle ; études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 261 ; D. Lefebvre, « Réflexions sur la distinction : droit civil et droit commercial », *in Droit et gestion de l'entreprise ; Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou*, Vuibert Gestion, 1993, p. 188 ; L. Leveneur, « Code civil, code de commerce et code de la consommation », *in Le Code de commerce – 1807-2007, Livre du bicentenaire,* Dalloz, 2007, p. 81 ; C. Lyon Caen, « De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804 », *in Le Code civil – 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 207 ; M. Germain, « Le Code civil et le droit commercial », *in 1804 – 2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.

Il regrouperait l'ensemble des règles, quelle que soit la branche du droit à laquelle elles appartiennent, s'attachant au fonctionnement des entreprises et aux opérations qu'elles réalisent[1]. Nous allons nous intéresser particulièrement au dysfonctionnement, au mal-fonctionnement de l'entreprise causé par les difficultés financières, structurées par des procédures collectives.

Deux droits qui ont partie liée depuis leurs origines. Au sein du droit des procédures collectives se trouvent donc des règles qui sanctionnent la « défaillance fautive » du débiteur, sur le fondement des règles du droit de la responsabilité civile. Or, jadis, il n'y avait guère de responsabilité civile pour réparer les dommages causés par les maux engendrés par la faillite du débiteur.

La distinction entre le droit civil et le droit commercial était ignorée du droit romain[2], pour lequel la responsabilité civile était confondue avec la responsabilité pénale[3]. En effet, à cette époque, la loi ne faisait pas de distinction de fond entre la responsabilité « aux dettes contractées par un citoyen ordinaire et le fardeau de celles engagées dans l'exercice d'un commerce[4] », de sorte que dans un premier temps, au Ve siècle av. J.-C., par la loi des XII Tables, si à échéance survenue et condamnation prononcée le débiteur demeure dans l'impossibilité de payer, le créancier pouvait en faire littéralement ce qu'il voulait. En pratique, deux choix s'offraient au créancier, soit il le réduisait en esclavage, soit il le tuait. Les différents morceaux de son corps étaient alors partagés entres les différents créanciers[5]. Face à la rigueur avec laquelle les créanciers usaient de leur droit de sanction, face aux révoltes et à l'affinement de la pensée juridique romaine, une évolution de cette situation archaïque fut synonyme d'adoucissements. « L'intérêt de cette évolution est de préfigurer les

---

639 ; M. Jeantin, « Droit des obligations et droit des sociétés », *in Mélanges dédiés à Louis Bloyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 317. Pour une étude particulière au droit de la responsabilité civile, v., A. Ballot-Léna, *La responsabilité en droit des affaires – Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008, tome 493.

[1] C. Champaud, *Le droit des affaires,* PUF, coll. « Que sais-je ? », 5e éd., 1994.

[2] V., D. Tallon, « Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial », *in Études offertes à Alfred Jauffret,* Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 654.

[3] V., G. Viney, « La responsabilité et ses transformations », *in Qu'est-ce que l'humain ?*, sous la direction d'Y. Michaud, Université de tous les savoirs, vol. II, Odile Jacob, 2000, p. 145.

[4] C. Champaud, « La responsabilité commerciale de Colbert à Badinter », *in Mélanges André Decocq – Une certaine idée du droit,* Litec, 2004, p. 86.

[5] C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, 2e éd., t. 7, n° 4, p. 3.

axes autour desquels le droit de la responsabilité allait progressivement acquérir ses traits marquants au cours de la vingtaine de siècle suivants[1] ».

L'un des traits marquants consista à passer de l'exécution sur la personne du débiteur à l'exécution sur ses biens. Dès lors, trois procédures civiles se développèrent. Tout d'abord, la *missi in possessionem,* procédure par laquelle le débiteur était dessaisi de son patrimoine dont les actifs servirent à désintéresser ses créanciers. Puis la *venditio bonorum,* qui préfigure la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Enfin la *cessio bonorum,* véritable parade à l'infamie puisque le débiteur, volontairement, faisait cession de ses biens à ses créanciers. La procédure de *venditio bonorum*, procédure de la vente des biens se déroulant contre le débiteur, certes entraîne à son égard la sanction de l'infamie par le renvoi en possession des biens du débiteur, le prononcé de mesures conservatoires contre ce dernier, la désignation d'un curateur affecté à la surveillance du patrimoine du débiteur, par l'arrêt de l'activité, l'affichage de la décision au *forum,* enfin par la vente globale aux enchères des biens. Mais cette procédure de droit commun traduit l'expression d'un droit que l'on nommerait aujourd'hui d'exécution. Ainsi, avec cette vocation générale, la procédure de *venditio bonorum* « a persisté dans le Midi de la France, fidèle au droit romain, pendant des siècles, jusqu'à l'ordonnance de Colbert, en 1673[2] ». Au cours de cette période, deux préoccupations se manifesteront : on veut punir le débiteur et « sauver au mieux les intérêts des créanciers[3] », si bien que la pratique s'attacha « à satisfaire par le droit de la responsabilité civile le besoin de sanctionner l'auteur d'un dommage et la nécessité de réparer le dommage subi par la victime[4] ».

Une même conception de la procédure collective sera véhiculée tout au long de l'histoire des échanges économiques et traversera les frontières[5]. En effet, c'est de ce droit romain sophistiqué que les jurisconsultes italiens de la Renaissance en tireront un véritable « droit des faillites », droit par lequel on veut à la fois punir le débiteur insolvable et satisfaire le créancier impayé et faillite qui, d'après quelques statuts des villes de l'Italie, comme Gênes, Florence, Milan ou Venise était commune aux commerçants et aux non-commerçants, donc une règle de « droit privé commun ». Les faillis étaient en général traités sévèrement puisqu'une présomption de fraude pesait sur eux, d'où l'adage *failliti sunt fraudatores,*

---

[1] C. Champaud, « La responsabilité commerciale de Colbert à Badinter », *op. cit.*, p. 87.
[2] F. Terré, « Droit de la faillite ou faillite du droit ? », *RJ com.* 1991, p. 3.
[3] R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, coll. Domat/Droit Privé, n° 435, p. 181.
[4] F. Terré, « Droit de la faillite ou faillite du droit ? », *op. cit.*
[5] D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll., Droit et Économie, n° 11, p. 7.

decoctor ergo fraudator. Nonobstant cette présomption, d'une part dans les cas les plus graves, « les sanctions civiles qui tendent à dépouiller le débiteur de ses biens paraissent insuffisantes[1] » et d'autre part, les jurisconsultes réclamèrent qu'une « distinction soit faite entre ceux qui avaient effectivement commis une fraude et ceux, de bonne foi, qui avaient été victimes des événements[2] ».

C'est à partir de l'année 1673 que la donne changea. Pour mettre fin aux abus relevés dans les pratiques commerciales, dès 1670 Colbert créa une Commission de codification dont il confia la présidence à Pussort. Suite à la remise de deux mémoires par Savary, Colbert décida de l'adjoindre comme consultant permanent. Ce dernier éclipsera tous les autres, à tel point que la pratique donna ensuite le nom de Code Savary à « L'ordonnance sur le commerce de terre » publiée en 1673[3]. En son sein, Savary y aborde notamment le domaine du risque commercial et celui du traitement des difficultés financières que peuvent connaître une entreprise et celui qui en est responsable. Il y étudie donc les procédures individuelles ou collectives qui peuvent frapper le commerçant défaillant en distinguant deux situations : « celles dites des « faillites qui arrivent par malheur » et celles qui sont la conséquence de l'impéritie commerciale contre laquelle il n'a cessé de mettre en garde et qu'il désigne sous le nom de « banqueroutes frauduleuses[4] » ». Point alors une distinction entre les procédures objectives, d'apurement du passif et celles subjectives, de châtiment du débiteur, entre « faillite involontaire et faillite calculée[5] », qui sera reprise au livre III du Code de commerce de 1807.

Or, là où cette distinction prenait son essor, le lien entre droit civil et droit commercial semblait s'affirmer. En effet, selon Locré « le Code de commerce n'étant qu'une loi d'exception, destinée à régler des affaires d'une nature particulière, ne peut se suffire à lui-même, vient s'enter sur le droit commun, laisse sous l'empire de ce droit tout ce qu'il n'excepte pas[6] ». Le droit commercial ne serait donc qu'une législation d'exception par rapport au droit civil[7].

---

[1] C. Champaud, « La responsabilité commerciale de Colbert à Badinter », *in Mélanges André Decocq – Une certaine idée du droit,* Litec, 2004, p. 88.
[2] C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, *op. cit.,* n° 5, p. 6.
[3] V., C. Champaud, « Savary ou le Moïse français du droit des affaires », *in Liber Amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 71.
[4] C. Champaud, « Savary ou le Moïse français du droit des affaires », *op. cit.,* p. 87.
[5] H. de Balzac, *Eugénie Grandet,* Le Livre de Poche, coll. Classiques, p. 148.
[6] Baron J.-G. Locré, *Esprit du Code de commerce*, 1807, t. I, Avant-propos, p. V-VI et p. XIII-XIV, cité par J. Hilaire, *Le Droit, Les Affaires et L'Histoire*, *op. cit.,* p 16.
[7] J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, p. 86.

Mais le Code de commerce fut très vite dépassé. Face à la rigueur napoléonienne en matière de faillite (incarcération obligatoire du failli ou comme on pourrait l'appeler aujourd'hui, responsabilité de plein droit du commerçant), Louis-Philippe instituera, par une loi du 28 mai 1838[1] un concordat s'inspirant de la *cessio bonorum* du droit romain. Par la suite, la loi du 4 mars 1889[2] instaura à côté de la faillite, réservée aux débiteurs malheureux, une procédure nouvelle, la liquidation judiciaire. Ce dualisme processuel deviendra « l'une des pierres angulaires du « droit des faillites » en permettant notamment de sauvegarder l'entreprise[3] ».

On ne peut donc nier que le caractère répressif de la faillite a perdu à la fois force et souci d'exemplarité. Par la suite, maintes interventions législatives, « ponctuelles ou non, provisoires ou non, conjoncturelles ou structurelles vont se suivre, toujours dans le sens du laxisme[4] ». Ainsi, les dernières réformes, internes, du droit des entreprises en difficulté ont diversifié les procédures de traitement des difficultés, et partant modifié le régime juridique des responsabilités qui en découlent, surtout à l'égard des dirigeants sociaux[5], à tel point qu'on parle aujourd'hui de droit de la défaillance économique pour les entreprises en difficulté[6].

Brève rétrospective contemporaine. Nous l'avons vu, le balancement entre la tradition du droit civil romain et l'ouverture par la pratique, notamment en Italie, font du droit de la faillite un droit à part. Un droit ni complètement civil ni complètement commercial. Pourtant, le droit de la responsabilité civile possède de vastes implications en droit des procédures collectives.

Une exception peut être tirée du décret du 20 mai 1955[7], qui écarta le concordat en cas de faillite pour le réserver au règlement judiciaire, dont le résultat fut la mise au ban de certaines entreprises saines. Dès lors, pour annihiler la fonction répressive de la faillite, il fallait opérer

---

[1] Loi du 28 mai 1838 sur les faillites et banqueroutes.

[2] Loi du 4 mars 1889 portant modification de la législation des faillites.

[3] C. Champaud, « « La responsabilité commerciale de Colbert à Badinter », *in Mélanges André Decocq – Une certaine idée du droit,* Litec, 2004, p. 105.

[4] F. Terré, « Droit de la faillite ou faillite du droit ? », », *RJ com.* 1991, p. 13.

[5] Exposé des motifs relatif au projet de loi de sauvegarde des entreprises.

[6] C. Saint-Alary-Houin, « Le périmètre du droit de la défaillance économique – propos introductifs », actes du colloque de Toulouse du 10 septembre 2010, *Rev. proc. coll.*, 1er janvier 2011, n° 1, dossier 1.

[7] Décret n° 55-583 du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires et à la réhabilitation, JORF du 21 mai 1955 p. 5086.

une distinction importante. Ce que fit le législateur en 1967[1], date à laquelle le droit des faillites pris un tournant décisif.

Mais si le législateur tient compte désormais, en raison des conséquences néfastes, tant économiques que sociales, de la disparition d'entreprises et de la nécessité de sauver celles qui sont viables, c'est-à-dire les entreprises qui sécrètent un profit tel qu'elles pourront faire face à toutes leurs charges, amortissements et autofinancement compris, ainsi qu'à la rémunération du capital investi[2], sachant que l'entreprise n'est viable que si elle redevient et demeure compétitive sur le marché, sans aides nouvelles[3], cette loi traduira mal cette idée. En effet, elle soumit à des solutions identiques les deux procédures qu'étaient le règlement judiciaire et la liquidation des biens, alors que chacune d'elles avait un objectif propre.

Quoi qu'il en soit, cette loi dissocia[4] le sort du dirigeant, ce qui obéit à des appréciations morales, de celui de l'entreprise, ce qui obéit à des constatations économiques[5]. Juridiquement « au terme de faillite ne correspond plus alors une procédure mais une sanction, la faillite personnelle, applicable aux dirigeants et non à l'entreprise[6] », en dehors de toutes considérations patrimoniales, parallèlement à la procédure collective. À côté de la faillite, la finalité sera le redressement de l'entreprise au moyen d'un concordat. Donc, nul doute que l'aspect préventif puisse prendre, peu à peu, le pas sur le caractère répressif.

Nous voyons alors poindre la possibilité d'une défaillance de l'entreprise, sans mise en jeu de la responsabilité personnelle du dirigeant puisque la faillite personnelle est désormais une sanction civile, destinée à éliminer des professions commerciales les débiteurs malhonnêtes ainsi que ceux qui ont commis des imprudences inexcusables ou qui ont enfreint gravement les règles et usages du commerce[7].

Poursuivant cette idée, la loi du 25 janvier 1985[8] dépénalisa le droit des entreprises en difficulté, non sans créer une certaine ambigüité. D'un coté point un droit de la prévention, de l'autre se créé des incohérences et *a fortiori* une inefficacité des solutions destinées à

---

[1] Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

[2] V., F. Derrida *et al.*, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, op. cit.,* n° 8, p. 19.

[3] V., B. Soinne, « Prolégomènes pour une refonte du droit de la faillite », *D.* 1976, p. 253.

[4] V., R. Houin, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *in Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, II, Gent, 1966, p. 617.

[5] V., F. Derrida *et al., Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, op. cit.* n° 1, p. 1.

[6] D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficulté, op. cit.,* n° 13, p. 9.

[7] V., article 106 et s. de la loi du 13 juillet 1967.

[8] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

sanctionner sur le terrain pécuniaire, par le biais de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif, le comportement des dirigeants sociaux[1].

En outre, cette loi imposait de nombreux sacrifices aux créanciers afin de permettre le redressement de l'entreprise tel l'alignement de la situation des créanciers garantis sur celle des créanciers chirographaires. Suite à de nombreuses critiques issues de la doctrine, la loi du 10 juin 1994[2] a cherché à rééquilibrer les droits de ces créanciers titulaires de sûretés[3].
Puis, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005[4] dut « tirer les conséquences de l'évolution du droit des procédures collectives et en particulier du fait qu'il ne s'agit plus d'un droit destiné à sanctionner des manquements mais d'un dispositif qui ambitionne de permettre aux entreprises de surmonter leurs difficultés[5] ». Il ressort des dispositions de cette loi que les sanctions civiles ne doivent plus avoir pour finalité première de punir le dirigeant. Dorénavant leur utilité est de permettre « d'établir les responsabilités dans la défaillance de l'entreprise afin d'en réparer les conséquences, tout en respectant la finalité économique des procédures[6] », ce qui justifie donc l'application des sanctions en liquidation judiciaire. Cependant, trois ans après cette réforme, face aux difficultés rencontrées par les praticiens et du fait d'un certain nombre de malfaçons et d'incohérences, notamment par l'effet de l'articulation avec l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés[7], une nouvelle réforme de modernisation[8] est donc adoptée par l'ordonnance du 18 décembre 2008[9]. Tout en poursuivant le travail préventif, celle-ci modifia le régime des sanctions, en supprimant l'obligation aux dettes sociales instauré trois années auparavant, de sorte que, dans le Code de commerce, la seule sanction pécuniaire qui puisse désormais être prononcée contre le dirigeant fautif reste l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif de l'article L. 651-2.

---

[1] V., F. Derrida, « Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 (action en comblement d'insuffisance d'actif social) », *D.* 2001, n° 17, p. 1377 et *LPA* 9 juillet 2001, n° 135, p. 6.
[2] Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.
[3] V., F. Auque, « Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises », *RTD civ.* 1994, p. 693.
[4] Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.
[5] F.-X. Lucas, « L'ouverture de la procédure collective », *LPA* 10 juin 2004, n° 26, p. 4.
[6] C. Mascala, « Le périmètre des sanctions », actes du colloque de Toulouse du 10 septembre 2010, *Rev. proc. coll.*, 1er janvier 2011, n° 1 dossier 5.
[7] Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.
[8] D. Voinot, « L'ouverture des procédures collectives – Ordonnance du 18 décembre 2008 et décret du 12 février 2009 », *Gaz. Pal.,* vendredi 6, samedi 7 mars 2009, p. 746.
[9] Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

En conséquence, nous observons aujourd'hui la mise à l'écart de la fonction répressive du droit de la faillite et l'institution de sa nécessaire prévention. Pour autant, il ne faudrait pas occulter complètement le sort « des responsabilités »[1] de la procédure collective, car elles possèdent une réelle utilité économique, en permettant de recouvrir des fonds et de les réinjecter dans le circuit économique[2].

Il y a donc un lien entre l'objectif de prévention des difficultés prôné par la loi de sauvegarde de 2005 puis par la réforme de 2008, la responsabilité et le souci de célérité constant dans le monde des affaires.
Cependant, l'équilibre reste difficile à trouver entre les droits des créanciers et des débiteurs. Ce n'est que récemment, par l'ordonnance du 12 mars 2014[3], qu'est tenté un rééquilibrage entre les droits des créanciers et des débiteurs.

IV – Une étude circonscrite au droit interne

Nous avons fait le choix de n'étudier que les règles applicables en droit interne pour notre sujet. Nous ne dirons qu'un mot ici concernant les sources européennes et internationales.

Il n'existe pas de droit européen de la responsabilité civile. Le droit de la responsabilité civile français, dans sa généralité, ne fait pas encore l'objet d'une harmonisation européenne. S'il existe bien des directives qui traite de la responsabilité, celles-ci sont intervenues dans un domaine particulier de la responsabilité : en matière de responsabilité du fait des produits défectueux[4], et de responsabilité environnementale[5]. Il y eu

---

[1] Intitulé du Titre V du Code de commerce.
[2] O. Bouru *et al.,* « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? », *Rev. proc. coll.,* septembre 2009, n° 5, entretien 2, p. 1.
[3] Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.
[4] Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Transposée en droit interne par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.
[5] Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux. Transposée en droit interne par la loi n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement.

aussi des initiatives afin d'établir une unification des législation européennes en matière de responsabilité. À côté des propositions de textes élaborés dans le cadre du projet décrié[1] de M. Von Bar d'établir un Code civil européen[2], nous pouvons citer l'initiative doctrinale du Groupe européen du droit de la responsabilité civile (groupe de Tilburg), inspiré des Principes du droit européen des contrats de la commission Lando, dont les travaux avaient prévu, sur le modèle français, une règle générale de responsabilité et, sur le modèle allemand, une modulation de la protection apportée à la victime en fonction de l'importance de l'intérêt lésé. Ils associent des règles de responsabilité pour faute, pour fait personnel ou du fait d'autrui, avec des règles de responsabilité sans faute.[3]. Les travaux de ce groupe ont abouti à la rédaction des « principes de droit européen[4] ». Citons enfin la volonté d'un groupe de travail d'organiser une réflexion sur ces différents projets d'harmonisation, avec l'apport du droit français[5]. Toutefois, au delà du fait de constituer des sources inspirantes, ces travaux n'ont pas encore abouti à une harmonisation européenne des règles relatives à la responsabilité civile ; qui ne peut venir non plus des autorités de l'Union européenne[6].

---

[1] V., P. Legrand, « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *Revue internationale de droit comparé.* 1996, p. 779 ; Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », *D.* 2002, p. 2202 ; P. Malinvaud, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'une code européen des contrats », *D.* 2002, p. 2542 ; G. Cornu, « Un code civil n'est-il pas un instrument communautaire, *D.* 2002, p. 351 ; P. Malaurie, « Le Code civil européen des obligations et des contrats – Une question toujours ouverte – Colloque de Leuven (Belgique) (30 nov. – 1er déc. 2001) », *JCP G* 2002, n° 6, I 110. Citons des auteurs favorables dans un processus à long terme : B. Fauvarque-Cosson, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463 ; R. Cabrillac, « L'avenir du Code civil », *JCP G* 2004, n° 13, doctr 121.

[2] « Projet de Code civil européen : les travaux de la commission Von Bar ne sont « plus à l'ordre du jour » pour la Commission européenne », *JCP N* 2006, n° 49, act 705. V., Question ministérielle n° 74721, de M. Le Fur au ministre délégué aux affaires européennes.

[3] V., Rapport d'information n° 558 (2008-2009) relatif à « la responsabilité civile : des évolutions nécessaires », de MM. A. Anziani et L. Béteille, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009

[4] V., O. Moréteau (dir.), *European Group on Tort Law – Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, 2011.

[5] Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l'Assurance (GRERCA).

[6] V., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, coll. Manuel, 3e éd., n° 20, p. 14. L'article 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (dans sa version consolidée) ne prévoit pas de compétence exclusive dans le domaine du droit de la responsabilité civile.

Notons néanmoins, que le traité sur l'Union Européenne[1] et le traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne[2] ont ouvert de nouvelles perspectives.

Les règles de conflits en matière d'insolvabilité. Le droit de l'insolvabilité, quant à lui, reste marqué par la différence et la multitude des législations nationales[3], les droits nationaux de l'insolvabilité étant propres à chacun des états, l'idée qu'ils s'en font diverge d'une nation à l'autre de sorte que la communautarisation du droit de l'insolvabilité s'est annoncée complexe. Le constat est celui de « l'absence d'un droit matériel de la faillite harmonisé[4] ». Le règlement du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité[5], refondu en 2015[6] n'a pas amélioré cette situation d'échec car il se limite à certaines procédures ; il ne forge donc « un droit commun uniforme des procédures d'insolvabilité[7] ». Mais tel n'est pas son objet. En effet, l'imbrication des économies en Europe a pour conséquence une implantation extra-frontalière des entreprises et de leur activité et *a fortiori* des effets transfrontaliers importants. Pour ce qui nous intéresse, si la question a pu être un temps débattue s'agissant de l'articulation des responsabilités et sanctions susceptibles d'être

---

[1] L'article 2 du traité sur l'Union Européenne (dans sa version consolidée) dispose que « l'Union est fondée sur les valeurs de respect (…) de liberté » et l'article 3 prévoit que l'Union œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur « un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement ».

[2] L'article 4 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne met en place une compétence partagée de l'Union avec les États membres notamment dans les domaines de l'environnement et de la protection des consommateurs. Ainsi, en matière environnementale, l'article 191 dudit traité dispose que « la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur ». De même, en matière de lutte contre la fraude, l'article 325 prévoit que « l'Union et les États membres combattent la fraude et tout autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union par des mesures prises conformément au présent article qui sont dissuasives et offrent une protection effective dans les États membres ».

[3] V., J. Barale, « Les droits nationaux des procédures collectives dans l'Union Européenne », *Rev. proc. coll.* 2003, n° 2, p. 75.

[4] D. Voinot, « La protection du créancier dans l'Union Européenne », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot,* Dalloz, coll. Litec, 2011, page 301.

[5] Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (JO L 160 du 30.6.2000, p. 1).

[6] Règlement (CE) n° 2015/848 du 25 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilités transnationales. Il abroge le règlement de 2000 et sera applicable aux procédures d'insolvabilité ouvertes postérieurement au 26 juin 2017

[7] A. Martin-Serf, « Le droit communautaire de la faillite. Une construction laborieuse et complexe », *RJ com.* 2004, p. 145.

prononcées avec le règlement pour laquelle la Cour de cassation est venue poser en principe que « l'action tendant au prononcé d'une interdiction de gérer à l'encontre du dirigeant de la personne morale faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité appartient à la catégorie des actions qui dérivent directement de la procédure initiale et qui s'y insèrent étroitement[1] », le tribunal de commerce de Nanterre, quelque mois plus tard, s'est déclaré compétent pour statuer sur la condamnation des dirigeants de droit et de fait de cette société à des dommages-intérêts au titre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif[2].

Toutefois, il convient de noter que le considérant 47 du nouveau règlement insolvabilité prévoit que celui-ci « ne devrait pas empêcher les juridictions de l'État membre dans lequel une procédure d'insolvabilité secondaire a été ouverte de sanctionner les dirigeants du débiteur pour violation de leurs obligations, pour autant que lesdites juridictions soient compétentes pour connaître de ces litiges en vertu de leur droit national ». Ainsi, « la juridiction de la procédure secondaire est compétente pour connaître de l'ensemble des actions qui se rattachent à la procédure[3] », de sorte que, dès 2017, la juridiction française appelée à connaître d'une procédure secondaire pourra par exemple poursuivre le débiteur étranger en responsabilité pour insuffisance d'actif. De plus, le considérant 35 prévoit par principe que les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel une procédure d'insolvabilité est ouverte sont compétentes pour connaître des actions qui découlent directement des procédures d'insolvabilité et qui y sont étroitement liées ». Appliqué à notre matière cela revient à dire qu'en France, une action en responsabilité pour insuffisance d'actif relèverait de la compétence du tribunal devant lequel est ouverte une procédure de liquidation judiciaire. Or, le texte poursuit en donnant la possibilité au praticien de l'insolvabilité, lorsqu'une action découle directement de la procédure d'insolvabilité est liée à une autre action fondée sur les dispositions générales du droit civil et du droit commercial, de porter les deux actions devant les juridictions du domicile du défendeur et ce, pour une question d'efficacité. À ce propos, un

---

[1] Cass., com. 22 janvier 2013, cassation n° 11-17.968, *D.* 2013, p. 755, note R. Dammann, p. 1503, note F. Jault-Seseke et p. 2293, note L. d'Avout ; *Revue critique de droit international privé* 2014, p. 404, note F. Jault-Seseke ; *Rev. sociétés* 2013, p. 183, note L.-C. Henry et p. 573, note N. Morelli ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 2, comm.30, note Th. Mastrullo ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 4, alerte 53, note V. Legrand ; *JCP E* 2013, n° 16, p. 1218, note P. Lemay ; *Dr sociétés* 2013, n° 5, comm.89, note J.-P. Legros.

[2] T. com. Nanterre, 3e Ch. 24 octobre 2010, n° 2011F04794, *D.* 2013, p. 2641, note X. Delpech et 2014, P. 1967, note L. d'Avout et S. Bollée ; *Bull. Joly* février 2014, p. 110, note N. Borga ; *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, comm.12, note M. Menjucq.

[3] R. Dammann, M. Menjucq et Ph. Roussel Galle, « Le nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 1, étude 2.

exemple est donné lorsque : « le praticien de l'insolvabilité souhaite combiner une action en responsabilité à l'encontre d'un dirigeant fondée sur le droit de l'insolvabilité avec une action fondée sur le droit des sociétés ou sur le droit de la responsabilité civile ». Une telle combinaison sera-t-elle possible en droit interne, dans la mesure où l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut ni se cumuler avec les dispositions générales du droit des sociétés ni avec celles du droit commun de la responsabilité[1] ? Le considérant contient la motivation du dispositif du règlement qui, selon l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, « a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre », cela signifie qu'il s'applique, sans transposition, en tant que norme ; qu'il créé donc des droits et des obligations pour les particuliers qui peuvent directement l'invoquer devant les juridictions nationales et qu'il peut être utilisé en tant que référence par les particuliers dans leur rapport avec d'autres particuliers, les pays de l'Union Européenne ou les autorités européennes. Par conséquent, le règlement 2015 sur les insolvabilités va-t-il sonner le glas du non-cumul ?

En outre, mentionnons que des textes sur l'insolvabilité internationale ont été adoptés, notamment par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international, dans le but d'aider les États à adapter leur législation interne, constituant ainsi un droit international privé commun de référence. Ceux-ci[2], d'une part respectent les différences entre les règles de procédure nationales et ne tentent pas d'unifier quant au fond les législations sur l'insolvabilité ; d'autre part aident à la mise en place d'un cadre juridique efficace et effectif permettant de résoudre les difficultés financières des débiteurs.

V – Problématique et plan de l'étude

Deux logiques *a priori* différentes. Le droit des procédures collectives s'oppose à la construction individuelle du droit de la responsabilité civile. Ce dernier est centré sur l'obligation pour le responsable d'un dommage de le réparer, il est centré sur la personne. Son assiette est alors la représentation d'une humanité conçue comme un ensemble de sujet

[1] Cass., com. 28 février 1995, cassation n° 92-17.329, *D.* 1995, p. 390, note F. Derrida.
[2] Parmi ces textes, on peut citer la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1997 et les guide législatif sur le droit de l'insolvabilité adopté en 2004 pour le 1er et 2e et en 2012 pour le 3e.

autonome, de sorte que la personne se situe au centre du rapport d'obligation[1]. Autrement dit, d'un coté, la responsabilité civile est anthropocentriste, elle fait peser sur la personne le rapport d'obligation. Sa logique est donc individualiste. De l'autre, la procédure collective est un environnement au sein duquel on favorise l'ordre, la personne s'y insère et dépend de celui-ci.

Par conséquent, le droit de la responsabilité s'insèrerait et subirait en quelque sorte celui des procédures collectives[2].

Problématique. La fonction traditionnelle attachée à la responsabilité est la réparation du préjudice[3], elle ne justifierait rien de plus[4]. Pourtant, le droit des procédures collectives est un droit qui nécessite d'éviter tout appauvrissement, alors que celui de la responsabilité civile impliquerait, au contraire, un appauvrissement. Comment ces deux droits pourraient-ils se concilier ?

De prime abord, la conciliation apparaît contradictoire. Toutefois, la responsabilité civile s'insérerait dans le cadre global de la procédure collective. Or, la procédure collective, comme nous avons pu le constater rapidement, nécessite qu'un certain nombre de moyens, d'outils juridiques, soient mis en œuvre pour rechercher les finalités des différentes procédures collectives ; pour tendre vers un seul objectif, la recherche de son efficacité. Ces outils, mis au service de la procédure collective, composent ce que nous appellerons la politique juridique de la procédure collective. Or, la responsabilité civile ne pourrait-elle pas constituer un de ces outils ? Elle s'adapterait alors pour défendre l'efficacité du droit des procédures collectives.

En outre, si la responsabilité civile était considérée comme un outil du droit des procédures collectives, ce dernier pourrait lui-même constituer, de par sa globalité, un outil de politique économique, comprise comme « l'ensemble des actions menées par l'état pour réguler l'activité économique[5] ». Le droit des procédures collectives serait donc mis à son service.

---

[1] V., F. Vallaeys, *Les fondements éthiques de la Responsabilité Sociale*, Thèse, Université Paris Est Créteil, 2011, p. 69.

[2] Une preuve peut être donnée par la variété des fautes qui s'y appliquent. Les articles L. 631-10-1 et L. 651-2 du Code de commerce requièrent une faute de gestion ; l'article L. 650-1 nécessite une cause de déchéance et une faute ; l'article L. 621-10 prévoit une faute lourde pour engager la responsabilité des contrôleurs et l'article L. 512-17 du Code de l'environnement nécessite une faute caractérisée. Si l'on prend en compte la réparation d'un préjudice personnel, il faut en outre apporter la preuve d'une faute détachable des fonctions.

[3] V., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 18, p. 13 ; G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, Traité de droit civil, 3e éd., n° 36, p. 77.

[4] V., H. L. et J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, Montchrestien, 6e éd., n° 1859, p. 937.

[5] F. Teulon, *Dictionnaire d'histoire, économie, finance, géographie,* 6e éd. PUF.

Les conséquences de l'utilisation de ce droit par la politique économique formeront l'efficacité juridique de la procédure collective.

Dès lors, si la responsabilité civile devait être utilisée en vertu de la politique juridique, elle serait tenue, au titre de sa fonction, de défendre également l'efficacité juridique de la procédure collective. D'où la question de savoir dans quelle mesure la responsabilité civile pourrait-elle assumer cette fonction ? Et dans l'hypothèse où elle le pourrait, quelles en seraient les conséquences sur ses conditions de mise en œuvre ?

Plan. L'influence de la procédure collective sur la responsabilité civile[1], si elle n'est pas nouvelle, n'a pas encore fait l'objet d'une présentation doctrinale d'ensemble. Son analyse critique doit donc s'inscrire dans un cadre descriptif, qui permettra de démontrer l'utilisation de la responsabilité civile dans les procédures collectives (**Première partie**). Cette démonstration faite, un constat s'imposera, sa mutation par l'effet des procédures collectives (**Seconde partie**).

[1] Pour un exemple récent de cette affirmation, v., J.-L. Vallens, « Procédures collectives et réforme du droit des contrats », *RTD com.* 2016, p. 558.

Partie 1 : L'utilisation de la responsabilité civile dans les procédures collectives

Les rapports qu'entretiennent les deux matières mettent en évidence l'idée selon laquelle la responsabilité civile est mise au service de la procédure collective. Or, la mise au service est positive et l'utilisation qui en découle est double, à la fois cohérente (**Titre 1**) et opportuniste (**Titre 2**).

Titre 1 : Une utilisation cohérente

Une cohérence adaptée à la matière L'utilisation de la responsabilité civile est qualifiée de cohérente en ce qu'elle s'appliquera aux finalités (**Chapitre 1**) et au régime (**Chapitre 2**) de la procédure collective. En effet, le déclenchement, le déroulement et le dénouement de la procédure collective[1], associés à des événements qui imposent aux personnes qui y sont soumis, une discipline collective, évoquent l'idée d'un ordre public des procédures collectives. Ordre qui se manifeste au travers de différents axes[2] : l'égalité de traitement des créanciers, la nature collective et la nature disciplinaire de certaines règles. Nous le voyons, l'ordre public des procédures collectives, duquel s'impose une discipline elle aussi collective impose une appréhension de la matière dans sa globalité de sorte que le droit de la responsabilité civile dans la procédure collective apparaîtra comme un outil mis à son service.

Aujourd'hui, la procédure collective a perdu sa nature contentieuse dont l'objectif était de sanctionner le débiteur malchanceux ou maladroit, comme cela a pu être le cas au cours de l'Ancien droit[3]. Elle a perdu aussi sa nature infamante, qui pouvait entrainer le débiteur dans

---

[1] Termes empruntés à D. Voinot *in Procédures collectives*, LGDJ, coll. Cours, 2e éd. V., le plan de cet ouvrage.

[2] V., C. Champaud, « La responsabilité commerciale de Colbert à Badinter », *in Mélanges André Decocq – Une certaine idée du droit*, LexisNexis, coll. Litec, 2004, p. 84-85.

[3] Sous le règne des Valois, la sévérité à l'égard des faillis et des banqueroutiers n'avait d'égale que celle des Romains (la loi des XII Tables contenaient une marque de cruauté envers les faillis : la *manus injectio*). En effet, en janvier 1560 Charles IX rendit une ordonnance générale à Orléans qui proclama à l'article 143 que « Tous banqueroutiers et qui feront faute

une issue dramatique[1], car « faire faillite » était considérée comme « commettre l'action la plus déshonorante entre toutes celles qui peuvent déshonorer l'homme[2] ». Mais ces disparitions n'annihilent pas pour autant la mise en place d'outils régulateurs, tel le droit de la responsabilité civile, qui aura un rôle pour les finalités contemporaines des procédures collectives.

---

en fraude, seront punis extraordinairement et capitalement ». De même, en novembre 1576, Henri III par l'ordonnance de Blois proclama à son article 205 : « Voulons que les ordonnances faites contre les banqueroutiers, et ceux qui doleusement et frauduleusement font faillite, ou cessions de biens soient gardées, et que telles tromperies publiques soient extraordinairement et exemplairement punies ». V., D. Desurvire, « Banqueroute et faillite – De l'Antiquité à la France contemporaine – 1re partie », *LPA* 30 août 1991, n° 104, p. 16.

[1] H. de Balzac, *Eugénie Grandet,* Le Livre de Poche, coll. Classiques où p. 108 lors d'un dialogue il est écrit: « Dans la position où j'étais, je n'ai pas voulu survivre à la honte d'une faillite ».

[2] H. de Balzac, *Eugénie Grandet*, *op. cit.,* p. 147.

Chapitre 1 : Un outil au service des finalités des procédures collectives

Le deuxième trimestre 2016 marque un recul, pratiquement pour tous les secteurs d'activité, du nombre de défaillance des entreprises : -2,7% par rapport au deuxième trimestre 2015, faisant par là recouvrer des valeurs d'avant crise [1]. Mais, la situation des microentreprises restent fragile (10.000 ont défailli) par rapport aux petites (-6%) et moyennes entreprises
(-12%). Selon M. Millon, la défaillance des microentreprises s'explique par l'irrégularité de l'activité qui déstabilise les besoins de financements, surtout lorsqu'elles emploient des salariés. Globalement la situation s'améliore, le nombre d'ouvertures de procédure de sauvegarde recule de 2,4%, celui des procédures de traitement, redressement et liquidation judiciaire de 2,7%. Mais, nous le disions, ces chiffres, bien que positifs, traduisent mal la réalité de l'amélioration, puisque les trois quarts des procédures sont ouvertes sur des microentreprises. En dépit de ce recul et du nombre d'emplois qui ont été préservés, dont on estime le chiffre à près de 25.000, la question de l'efficacité du droit des procédures collectives demeure un enjeu majeur. Or, pour parler d'efficacité du droit des procédures collectives, il est nécessaire de tenter à défaut d'y parvenir, d'atteindre ses objectifs.
Pour assurer un équilibre entre les contraintes liées à l'économie et les nécessités liées à l'intérêt général (**Section 2**), la responsabilité civile a un rôle à jouer. Pour tenter d'y parvenir, le droit des procédures collectives fera du droit de la responsabilité civile un outil de sa politique juridique (**Section 1**).

Section 1 : Un outil de la politique juridique de la procédure collective

Le droit des procédures collectives est, pour reprendre l'expression de l'Association Droit et Commerce, une « terre de conflits[2] ». Il ne parvient pas à sauvegarder tous les intérêts

[1] Source Altares : « 2ème trimestre 2016 – défaillances et sauvegardes d'entreprises en France ».
[2] V., « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires ». Colloque organisé par l'association Droit et Commerce à Deauville les 29 et 30 mars 2008, *Gaz. Pal*. 25 et 26 juin 2008, p. 1689 et s.

en présence, de manière égale. Aucune époque n'a réussi cet effort ; aucun pays n'a trouvé la solution pour régler harmonieusement, à la satisfaction de tous les intérêts en cause, les conséquences de la faillite[1]. Nous ne prétendons pas avoir trouvé la solution. Simplement, si l'on considère la politique juridique de la procédure collective comme étant tous les moyens de droit mis en œuvre pour rechercher les finalités des procédures collectives, il apparaît que la responsabilité civile constitue un de ces moyens. Elle accompagne, au gré des évolutions législatives et des finalités qui y sont attachées, cette politique juridique qui concerne donc à la fois l'ensemble des procédures (**Paragraphe 1**) et les personnalités en charge de l'assurer (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Adéquation entre les effets des procédures collectives et l'utilisation de la responsabilité civile

L'évolution du droit des faillites vers un droit des entreprises en difficulté a modifié la matière, dont l'objectif primordial est de sauvegarder l'entreprise plutôt que de sanctionner le débiteur défaillant. « Cet objectif posé, le droit des entreprises en difficulté s'est progressivement doté d'instruments pour tenter de l'atteindre[2] ». Selon nous, le droit de la responsabilité civile en est un. En effet, les objectifs diffèrent pour chacune des procédures, qu'ils aient des fonctions préventives ou curatives (**A**), ils vont être encadrés et leurs finalités seront facilités par l'utilisation de la responsabilité civile (**B**).

A : Les finalités juridiques de la procédure collective

L'ouverture d'une procédure collective est un échec en soi[3]. Mais, tout est construit autour de cet échec, d'abord dans le but de le prévenir, puis, si la prévention n'est pas efficace, pour en amoindrir les effets. Si cela n'est toujours pas possible[4], l'échec aboutira à la fin de l'activité. Bien qu'infamant, même s'il est loin d'être uniquement causé par le dirigeant, cet échec est aujourd'hui un droit.

---

[1] V., M.-H. Renaut, « La déconfiture du commerçant », *RTD com.* 2000, n° 3, p. 534.
[2] D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 4, p. 3.
[3] V., A. Diesbecq, « La cupidité en droit des procédures collectives », *Gaz. Pal.* 29 et 31 décembre 2013, n° spécial, 363 à 365, p. 18.
[4] Cela représente la majorité des cas : on considère à 70% le taux de liquidation judiciaire directe. V., Source Altares : « 2ème trimestre 2016 – défaillances et sauvegardes d'entreprises en France ».

Ce droit à la défaillance[1] présente les signes caractéristiques d'une discipline relevant du droit économique[2] et dont la logique, nouvelle, transforme son objectif qui n'est plus la sauvegarde des créanciers, mais celle de l'entreprise et de l'emploi[3]. Nous le verrons donc, les finalités juridiques vont varier en fonction du type, préventif (**1**) ou curatif (**2**) de la procédure collective. Aussi nous étudierons une procédure qui, indépendante des procédures « classiques », s'intègre parfaitement dans l'évolution générale du droit des procédures collectives[4] : le rétablissement professionnel (**3**).

1 : Les finalités préventives

Une finalité récente. La prévention dans le droit des procédures collectives, la prise de conscience par laquelle il peut être davantage nécessaire de prendre des mesures qui affectent la structure et l'organisation de l'entreprise dès l'apparition des indices de difficultés, est très récente dans l'échelle de maturation de ce droit. En effet, dès 2005 l'objectif de prévention est affiché. Il est, pour reprendre les termes de l'exposé des motifs, « crucial[5] ». Cet objectif « doit être poursuivi par des moyens diversifiés, sans porter d'atteintes excessives aux autres entreprises que sont les créanciers. Pour ce faire, la loi doit permettre d'appréhender les difficultés de l'entreprise dès qu'elles deviennent prévisibles, avant même qu'elles ne se traduisent en trésorerie. Visant des situations différentes, plus ou moins graves, elle doit comporter des procédures adaptées à ces différences et aux conditions d'ouvertures élargies[6] ». C'est pourquoi l'accès aux mesures préventives est désormais facilité pour augmenter les chances de trouver des solutions le plus en amont possible[7].

---

[1] D'aucuns ont pu parler de « droit de la défaillance économique ». V., C. Saint-Alary-Houin, « Le périmètre du droit de la défaillance économique, propos introductifs », Actes du colloque de Toulouse du 10 septembre 2010, organisé par l'AJDE, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, p. 51.
[2] D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 4, p. 3.
[3] V., G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, coll., Les voies du droit, p. 84.
[4] V., C. Dubois et J.-B. Zaarour, « La notion de rétablissement du débiteur en procédures collectives », Article finaliste du concours « Décrochez la une » des éditions LexisNexis 2014.
[5] Exposé des motifs du projet de loi de sauvegarde des entreprises, présenté par M. Dominique Perben, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 mai 2004.
[6] Exposé des motifs du projet de loi de sauvegarde des entreprises, présenté par M. Dominique Perben, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 mai 2004
[7] V., C. Delattre et E. Étienne-Martin, « Prévention : le mandat *ad hoc* et la conciliation plus efficaces et plus accessibles ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, dossier 15.

Dès lors, le droit des procédures collectives parachève la « distinction entre l'homme et l'entreprise[1] », l'actualité n'est plus la à la punition patrimoniale du chef d'entreprise. La prise de conscience de la nécessité d'anticiper le déclin de l'entreprise se manifeste, principalement, par trois formes de procédures dites préventives : le mandat *ad hoc* (**a**), la procédure de conciliation (**b**) et la sauvegarde (**c**).

a : Les finalités du mandat *ad hoc*

Une aide confidentielle. Le débiteur peut demander au tribunal la nomination d'un mandataire *ad hoc*, soumis à une obligation de confidentialité, dont il déterminera la mission au cas par cas[2]. La cessation des paiements n'est pas une condition de sa nomination dont la mission est d'aider le débiteur dans la recherche et la mise en place de solutions susceptibles de résoudre les difficultés de l'entreprise, en tentant d'obtenir notamment des concessions auprès des créanciers[3].

En outre, le mandat *ad hoc*, mesure préventive[4] est une des préoccupations du législateur puisque l'ordonnance du 12 mars 2014, lui assigne une finalité supplémentaire, « la possibilité de préparer la cession de l'entreprise qui y recourt[5] », et contient des mesures destinées à renforcer son attrait. Ainsi, l'article L. 611-16 du Code de commerce vient paralyser certaines clauses contractuelles, telles les clauses résolutoires, les clauses de pénalités ou de déchéance du terme en raison de la nomination du mandataire *ad hoc.*

b : Les finalités de la conciliation

Un accord entre les parties. La procédure de conciliation est ouverte aux débiteurs « qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours[6] ».

L'objet de la conciliation est de trouver un accord entre l'entreprise et ses principaux créanciers, pour lui permettre de surmonter ses difficultés de toute nature, mais qui menacent

---

[1] R. Houin, *Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire : Étude des mécanismes : rapport de l'inspection générale des finances*, Sirey, p. 135.
[2] Article L. 611-3 du Code de commerce.
[3] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 324, p. 173.
[4] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Manuel, 9e éd., n° 84, p. 54.
[5] A. Lesaulnier, « Le mandat *ad hoc* devant le tribunal de commerce après la réforme du droit des entreprises en difficulté », *RTD com.* 2016, p. 225.
[6] Article L. 611-4 du Code de commerce.

la continuité de l'exploitation, tout en prenant en compte l'intérêt des créanciers. Il s'agit alors de permettre un « sauvetage de l'entreprise en difficulté en dehors de toute décision de justice, de manière rapide et, le plus souvent, confidentielle[1] ».
La solution se trouve dans une négociation dans le cadre d'un échelonnement raisonnable des ventes, voire, si c'est possible, la remise partielle de certaines d'entres elles.

c : Les finalités de la sauvegarde

Une finalité, trois conséquences et pas d'action en responsabilité. Elles sont mentionnées à l'article L. 620-1 du Code de commerce, non modifié depuis 2008. Ce dernier dispose que « cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».
Dans quelle mesure la responsabilité civile sera t-elle utilisée pour faciliter la réorganisation de l'entreprise, dans le but d'atteindre ces trois objectifs ? Elle ne le sera pas. Aucune action spécifique n'est prévue pour le débiteur en sauvegarde. Il ne faut pas pour autant en conclure que le dirigeant en sauvegarde bénéficie d'une immunité, au contraire, sa faute l'obligera à réparer le préjudice dans les conditions de droit commun[2].
Mais si l'on considère que ces objectifs sont hiérarchisés[3], la réorganisation de l'entreprise en est le principal puisque de lui découle les trois autres. À ce titre, il ne faudrait pas que la responsabilité civile la perturbe en privant l'entreprise de fonds qui seraient nécessaires à cette poursuite. En effet, le dirigeant en sauvegarde, n'est pas dessaisi de ses pouvoirs sur son patrimoine de sorte que l'exercice d'une action en responsabilité à son encontre ne bénéficierait pas aux créanciers et pourrait à terme menacer le maintien de l'emploi.
On cherche à inciter les dirigeants à demander beaucoup plus rapidement des aides afin d'éviter de se retrouver dans le cadre d'une procédure collective. Il y a donc un lien entre la prévention, la responsabilité et le fait que les débiteurs viennent demander de l'aide plus rapidement. En effet, cette démarche est susceptible de les mettre à l'abri d'une responsabilité[4].

---

[1] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 326, p. 175.
[2] V., *infra* « Le dirigeant auteur d'une faute ».
[3] V., M.-J. Campana, « L'État et les entreprises en difficulté », *in La société civile,* PUF, p. 181.
[4] O. Bouru *et al.,* « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? », *Rev. proc. coll.,* septembre 2009, n° 5, entretien 2.

Toutefois, la résolution du plan de sauvegarde par la faute du dirigeant laisse planer le spectre de la responsabilité puisqu'en cas de cessation des paiements une action en responsabilité est désormais possible en redressement judicaire. La sauvegarde possède ainsi, de manière insidieuse, un effet rédempteur.

En outre, deux variantes à la procédure de sauvegarde ont été instituées afin d'accroitre la célérité de cette procédure. La première est la sauvegarde financière accélérée[1], créée par la loi du 22 octobre 2010[2]. La seconde, de création récente[3], est la sauvegarde accélérée[4]. Elle partage le domaine de sa variante financière qui devient un cas particulier[5]. Les finalités de la sauvegarde accélérée sont plus étendues que celles de la sauvegarde financière, car elle concerne tous les créanciers soumis à l'obligation de déclaration de créances ainsi que les cocontractants de droit commun[6]. Étant une passerelle entre la conciliation et la sauvegarde, cette procédure rapide permet de limiter l'effet néfaste constitué par l'atteinte à l'image de la société[7],

Celles attachées à sa version financière, concernent toujours la célérité et s'explique par la nécessité de préserver la « valeur de l'entreprise ». Le langage change ici par rapport aux finalités communes de la sauvegarde afin de mieux adapter le droit des procédures collectives à « la « compétition normative » et à « l'efficience économique » qui imposeraient de faire de la procédure collective un instrument de « réallocation des ressources au mieux disant »[8] ». lui donneraient la nature d'un « processus judiciaire d'homologation d'un projet d'accord de conciliation qui se trouve ainsi rendu opposable aux créanciers opposants[9] », ce qu'énonce en

---

[1] V., L.-C. Henry, « La sauvegarde financière accélérée ou les leçons de la pratique », *LPA* 22 novembre 2010, p. 4 ; Ph. Roussel Galle, « Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 octobre 2010 », *JCP E* 2010, n° 44, actualité 591.

[2] Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

[3] Ordonnance du 12 mars 2014 précité.

[4] V., F. Reille, « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 6 avril 2014, n° 98, p. 10.

[5] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Manuel, 10e éd., n° 333, p. 164. V., Chapitre VIII du Livre VI qui traite de la sauvegarde accélérée, qui est composé de deux sections. La première contient les « dispositions générales » et la seconde les « dispositions propres à la sauvegarde financière accélérée ».

[6] Article L. 628-8 du Code de commerce.

[7] V., G. Boutté, « La médiation préventive ou d'accompagnement – L'exemple du droit des entreprises en difficulté », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2016, n° 3, dossier 20.

[8] B. Grelon, « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de « régulation bancaire et financière » en date du 22 octobre 2010 », *Rev. sociétés* 2011, p. 7.

[9] J.-L. Vallens, « La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? », *RTD com.* 2011, p. 644.

substance l'article L. 628-9, *in fine*, du Code de commerce, supprimant par là son caractère de procédure collective.

2 : Les finalités de traitement

Le traitement des difficultés, par le redressement (**a**) et la liquidation judiciaire (**b**) faisait figure d'objectif primordial des procédures collectives. Ce n'est plus tout à fait vrai aujourd'hui, même si ces procédures restent quantitativement les plus utilisées.
Aussi, nous le remarquerons, ces procédures doivent concilier une double contrainte liée à l'économie et à la préservation de l'intérêt général. L'équilibre entre ces deux notions passe par l'étude des objectifs des ces procédures.

a : Les finalités du redressement judiciaire

La cessation des paiements, cause des finalités du redressement judiciaire. Selon l'article L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce, il est institué une procédure de redressement judiciaire « destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».
La poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, ne sont plus la conséquence de la réorganisation de l'entreprise. Quelle est donc la cause de ces finalités en redressement judiciaire ? Selon nous, il s'agit de l'état de cessation des paiements du débiteur, manifesté par « l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible[1] ». En effet, cette impossibilité, écarte la facilité de la réorganisation, mais n'est pas synonyme d'« impossible ». Elle implique la nécessité de recourir à des actes qui ne relèvent pas de la gestion normale.
Or, cette idée est selon nous parfaitement retranscrite dans l'article L. 631-10-1 du Code de commerce, siège de l'action en responsabilité pour cessation des paiements. Ce dernier dispose qu' « à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur ». Désormais, si le débiteur a adopté un comportement contraire à celui qu'aurait dû

[1] Article L. 631-1, alinéa 1er du Code de commerce.

avoir un dirigeant qui a recours à ces actes, alors il compromet l'équilibre, déjà fragile, des conséquences de la cessation des paiements. Partant, il engage sa responsabilité.
En outre, ce texte permet d'éviter que des dirigeants, se sachant menacés par une future condamnation pécuniaire, « ne profitent du temps séparant leur assignation de leur condamnation pour « vider » l'actif du patrimoine [1] ». Ces mesures conservatoires, préventives, apparaissent comme une créance de dommages et intérêts déguisés qu'il faut s'empresser de soustraire à la procédure collective, puisque le débiteur pour lequel est ouverte une procédure de redressement judiciaire n'est, par principe, pas dessaisi des droits et actions qui concernent son patrimoine.
Enfin, le caractère « utile » de la mesure conservatoire implique qu'elle servira les finalités de la procédure collective, c'est à dire le maintien de l'activité, le paiement des créanciers et, le cas échéant, l'apurement du passif. Ces finalités ne semblent donc plus hiérarchisées, contrairement à la sauvegarde.

b : Les finalités de la liquidation judiciaire

Il faut ici se référer à l'article L. 640-1, alinéa second du Code de commerce, selon lequel « la procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens ».
Cette procédure tend donc à mettre un terme à une activité économique à ce point détériorée qu'elle est insusceptible d'un redressement quelconque. Elle remplit alors une fonction purement financière[2].
Or, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, applicable uniquement au cours de cette procédure, permet de prendre en considération la situation financière désespérée du débiteur lorsqu'il faut, non plus traiter les difficultés des entreprises, mais sanctionner son comportement fautif. En effet, la réparation ne peut pas à elle seule expliquer la finalité de cette action en responsabilité, car ayant contribué aux difficultés qui ont comme conséquence grave la fin de l'activité, le débiteur doit, au delà de la réparation, être sanctionné.
Aussi, la loi de sauvegarde avait instituée la procédure de liquidation judiciaire simplifiée que l'ordonnance de 2008 avait encore simplifiée distinguant celle qui devait être obligatoire de celle qui n'était que facultative. L'ordonnance de 2014 a encore simplifié le régime de cette

[1] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 353, p. 232.
[2] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1190, p. 743.

procédure, qui est clairement motivée par la célérité « qui doit commander toutes les liquidations judiciaires dans un souci de rebond et d'humanité du débiteur[1] », dont l'objectif implique la sécurisation de la réalisation des actifs ainsi que leur traitement rapide.

3 : Le rétablissement professionnel sans liquidation

Instituée par l'ordonnance du 12 mars 2014, cette procédure ne peut être ouverte qu'à la demande du débiteur[2], c'est une faveur qui lui est faite, qui repose sur une présomption de bonne foi, de sorte que le tribunal peut ouvrir une procédure de liquidation judiciaire « s'il est établi que le débiteur n'est pas de bonne foi ou si l'instruction a fait apparaître l'existence d'éléments susceptibles de donner lieu à des poursuites en sanction (…)[3] ».
Mais c'est au titre de son effet que le rétablissement professionnel présente sa plus grande particularité. Il entraine non pas l'interdiction des poursuites, mais, plus radicalement, l'effacement des dettes à l'égard des créanciers antérieurs. Exceptées pour les créances salariales, alimentaires, nées d'une condamnation pénale, ou correspondantes à des droits attachés à la personne[4]. Ce rétablissement professionnel implique nécessairement le « rebond » du débiteur, et partant la perte pure et simple de la créance ; mais dès lors qu'il n'y a plus d'actif, le créancier semble y trouver également son compte si la procédure est réglée rapidement.

Voici donc présentées les finalités juridiques de la procédure collective. Il convient maintenant de les confronter à la responsabilité civile.

B : La participation de la responsabilité civile à la recherche des finalités des procédures collectives

La loi de sauvegarde des entreprises, et avec elle l'ordonnance du 18 décembre 2008, ont apporté de profonds bouleversements aux régimes des sanctions civiles pécuniaires. Parmi eux, le cantonnement de son domaine et la limitation de ses effets.

---

[1] G. Berthelot, « Les aménagements de la liquidation judiciaire issus de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, dossier 21.
[2] Article L. 645-1 du Code de commerce
[3] F.X. Lucas, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE* 2014, n° 2, p. 111.
[4] Article L. 645-11 du Code de commerce.

Si l'utilité attachée à ces sanctions est de permettre « d'établir les responsabilités dans la défaillance de l'entreprise afin d'en réparer les conséquences, tout en respectant la finalité économique des procédures[1] », cela n'a pas toujours été le cas. Jadis, le droit de la faillite a pu être qualifié de droit moralisateur. D'abord exclusivement pénale, la procédure a peu à peu laissé place à une « dissociation de ses aspects civil et pénal[2] ».

La participation aux finalités se fit dans un premier temps par l'abrogation de certaines mesures : l'extension de la procédure à titre de sanction (**1**), le redressement et la liquidation judiciaire à titre personnel (**2**) et l'obligations aux dettes sociales (**3**). En conséquence, la philosophie contemporaine (**4**) permet de prendre en compte les finalités des procédures collectives (**5**).

1 : Par l'abrogation de l'extension à titre de sanction

L'abrogation de l'extension à titre de sanction correspond aux finalités des procédures. Antérieurement à la loi de sauvegarde, l'ancien article L. 624-3 du Code de commerce, qui gouvernait l'action en comblement de l'insuffisance d'actif était applicable dès le redressement judiciaire. Ainsi, le dirigeant pouvait subir, à titre de sanction, l'extension de la procédure, prévue à l'ancien article L. 624-4 du Code de commerce[3]. Cette sanction permettait au tribunal d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif de la personne morale et qui ne se sont pas acquittés de leur dette.

Sa suppression est opportune sur le plan de l'efficacité des sanctions pour plusieurs raisons[4].

La première, et celle qui nous concerne au premier chef, l'ouverture d'une procédure dans ce cas de figure n'est pas déclenchée par l'état de cessation des paiements, ce qui ne correspond pas aux finalités de cette procédure. La deuxième raison est qu'elle constitue un obstacle au droit de poursuite individuelle des créanciers qui demeurent sous la dépendance des auxiliaires de justice désignés par le tribunal. Enfin, cette sanction aboutit même paradoxalement à avantager le dirigeant à l'encontre duquel une liquidation judiciaire à titre individuel est prononcée. En effet, celui-ci bénéficie de l'effacement de ses dettes après la

---

[1] C. Mascala, « Le périmètre des sanctions », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, dossier 5, p. 72.
[2] V., M.-H. Renaut, « La déconfiture du commerçant », *RTD com.* 2000, n° 3, p. 534.
[3] Article 181 de la loi du 25 janvier 1985.
[4] J.-J. Hyest, Rapport « sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, de sauvegarde des entreprises », n° 335. Spéc., p. 449.

clôture de la procédure, ce qui place les créanciers dans l'impossibilité d'intenter une action individuelle contre le débiteur[1].

2 : Par l'abrogation du redressement et de la liquidation judiciaire à titre personnel

L'abrogation du redressement et de la liquidation judicaire à titre personnel correspond aux finalités des procédures. À côté de cette extension-sanction, une seconde disposition située à l'ancien article L. 624-5 du Code de commerce permettait aussi de sanctionner le dirigeant, qui avait commis des fautes, graves, en le plaçant personnellement en redressement ou en liquidation judiciaire. L'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde a abrogé ces dispositions, qui ne correspondaient pas aux finalités des procédures[2], et conduisaient paradoxalement à l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation à l'égard de personnes qui ne connaissent pas de difficulté, ce qui ne permettaient pas de poursuivre efficacement les débiteurs de mauvaise foi[3]. Toutefois, notons que la suppression de cette sanction ne bénéficie pas au dirigeant, puisque tant qu'existent des actifs réalisables la procédure peut perdurer[4] et pourrait aboutir, selon un auteur, à une liquidation judiciaire « à perpétuité[5] ».

3 : Par l'abrogation de l'obligation aux dettes sociales

L'abrogation de l'obligation aux dettes sociales répond aux finalités des procédures. La loi de sauvegarde abrogea cette sanction, et créa une nouvelle action permettant de poursuivre efficacement le débiteur de mauvaise foi par l'action en obligation aux dettes sociales. Celle-ci, contenue à l'ancien article L. 652-1 du Code de commerce, prévoyait d'engager la responsabilité du dirigeant s'il avait commis des fautes graves, ayant contribué à la cessation des paiements. Mais, considérant qu'elle faisait double emploi avec

---

[1] Cass., com. 28 mars 2000, cassation n° 97-19.153, *D.* 2000, p. 225, note P. Pisoni ; *RTD com.* 2000, p. 731, note J.-L. Vallens et p. 615, note C. Champaud et D. Danet ; *D.* 2001, p. 618, note A. Honorat ; *Act. proc. coll.* 2000, comm.113, note B. Saintourens ; *JCP E* 2000, p. 1566, note P. Pétel ; *RD banc. et fin.* 2000, comm.73, note F.-X. Lucas.

[2] V., O. Bouru *et al.,* « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? », *Rev. proc. coll.,* septembre 2009, n° 5, entretien 2.

[3] J.-J. Hyest, Rapport, *op. cit.* p. 438.

[4] Cass., com. 16 décembre 2014, cassation n° 13-19.402, *D*. 2015, p. 6, note. A. Lienhard ; *RTD com.* 2015, p. 161, note J.-L. Vallens ; *RLDA* février 2015, n° 101, p 16, note. F Macorig-Venier ; *Gaz. Pal.* 5 mai 2015, n° 125, p. 13, note D. Voinot ; *Act. proc. coll*. 2015, n° 1, repère 1, note F. Pérochon ; *JCP E* 2015, n° 3, p. 1010, note C. Lebel.

[5] D. Voinot, « Vers une liquidation judiciaire à perpétuité ? », *Gaz. Pal*. 2015, note sous Cass., com. 16 décembre 2014, cassation n° 13-19.402, précité.

l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif[1], également applicable en liquidation judiciaire, l'obligation aux dettes sociales fut supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Or, cette action a pu avoir son individualité et son utilité propre[2]. D'abord, les mandataires disposaient d'une option quant à l'action à engager[3]. Ensuite, ces deux actions n'avaient pas le même fondement juridique. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif semble dériver du droit commun de la responsabilité civile, alors que l'obligation aux dettes sociales permettait d'entrer en condamnation dès lors que le dirigeant avait commis l'un des faits prévu au texte, ce qui rendait plus « facile » son exercice par les mandataires de justice. Le maintient de l'obligation aux dettes sociales aurait enfin permis d'appuyer davantage sur le caractère répressif de cette sanction en consacrant les dommages-intérêts punitifs à l'égard des dirigeants ayant eu un comportement particulièrement déloyal[4].

Toutefois, cette action ne répondait pas aux finalités des procédures puisqu'elle permettait justement de punir sévèrement le débiteur, rendant alors possible, selon M. Le Corre, une condamnation dépassant le montant de l'insuffisance d'actif, qui pouvait englober toutes les dettes de la personne morale, tant antérieures que postérieures[5].

4 : La philosophie contemporaine

La législation actuelle accompagne la politique juridique de la procédure collective. La loi de sauvegarde « coupa » le lien entre la procédure collective et les sanctions, et la conséquence tient, de prime abord, en un certain assouplissement. Effectivement, si cette législation contient un certain nombre de mesures d'encouragement pour le chef d'entreprise, on pense notamment à l'ouverture de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif uniquement en liquidation judiciaire, ce qui finalement bénéficie à la politique juridique de la

---

[1] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JORF n° 0295 du 19 décembre 2008 page 19457, texte n° 28, art. 133.

[2] V., O. Bouru *et al.,* « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? », *Rev. proc. coll.,* septembre 2009, n° 5, entretien 2.

[3] L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif implique le règlement des créanciers au marc le franc, alors que pour l'obligation aux dettes sociales le désintéressement suivait l'ordre des sûretés.

[4] V., D. Voinot, « L'ouverture des procédures collectives – Ordonnance du 18 décembre 2008 et décret du 12 février 2009 », *Gaz. Pal.* 7 mars 2009, n° 66, p. 10.

[5] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, Dalloz Action, 2015/2016, 8e éd., n° 924.09, p. 2668.

procédure collective[1], ces mesures ne reflètent qu'en partie le droit positif qui tend, maladroitement, à concilier le respect de la finalité de la procédure avec la responsabilité du dirigeant.

Ainsi, une petite révolution, dans le sens premier du terme, semble s'être opérée par l'article L. 631-10-1 du Code de commerce, créé par la loi du 12 mars 2012[2]. Désormais, les mandataires de justice peuvent introduire une action en responsabilité, fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements, pour que soit ordonnée par le président du tribunal « une mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant ». Or, bien que le binôme « responsabilité » et « sanction » soit indéniable, cet article poursuit, du moins en théorie, une finalité juridique préventive dérivée. En effet, selon le garde des Sceaux, « ce texte permet de répondre très concrètement aux comportements de certains dirigeants (…) qui privent l'entreprise de toute possibilité de répondre à ses obligations en organisant son insolvabilité[3] ».

La nouvelle possibilité de récupérer des actifs, en dehors de son fondement douteux, prouve à elle seule la poursuite par la responsabilité civile des finalités juridiques des procédures collectives.

Une autre preuve tient dans le cantonnement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif à la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008. L'ancienne possibilité d'engager cette action, d'abord en cas de procédure de redressement judiciaire, puis en cas de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement, créa un risque pour le dirigeant qui se plaçait sous le régime de la sauvegarde de voir sa responsabilité engagée. Or, une telle possibilité pouvait certainement s'avérer dissuasive envers le dirigeant dont la démarche est volontaire et préventive[4]. Ce nouveau régime témoigne donc du souci de ne plus pénaliser le dirigeant de bonne foi.

---

[1] V., O. Décima et L. Sautonie-Laguionie, « L'articulation des sanctions pénales et civiles en matière d'entreprises en difficulté », *in La responsabilité du chef de l'entreprise en difficulté*, dir. B. Saintourens et J.-C. Saint-Pau, éd. Cujas, coll. Actes & Études, p. 48.

[2] Loi n° 2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet.

[3] Sénat, compte rendu intégral de la séance du jeudi 1er mars 2012, p. 1758.

[4] V., Avis n° 337 (2004-2005) de M. C. Gaudin, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 11 mai 2005.

5 : La prise en compte des finalités des procédures collectives

Responsabilité civile au service de la procédure collective. La responsabilité civile est utilisée pour servir d'autres intérêts que ceux de la seule victime. Ce faisant, le droit des entreprises en difficulté place la responsabilité au service des procédures collectives, ce qui permet de récupérer des actifs qui serviront, en priorité au sauvetage de l'entreprise, et à défaut au paiement des créanciers[1].

La responsabilité pécuniaire de la procédure collective ne s'applique donc plus uniquement lorsque le redressement est manifestement impossible, ce qui tend à prouver le rôle que l'on veut faire jouer au droit de la responsabilité civile. Il y a alors, selon nous, une cohérence entre les finalités de la procédure collective et l'utilisation de la responsabilité civile, qui ne sert pas seulement à indemniser, ni à désigner le débiteur de l'indemnisation, elle a aussi une fonction de définition des comportements corrects et loyaux ou illicites et une fonction de prévention, de sanction des comportements fautifs et de rétablissement de la norme[2].

À la lumière de ces développements, nous remarquons qu'il n'existe pas de principe général de responsabilité en droit des procédures collectives qui serait assis sur la recherche de leur efficacité. Il est donc nécessaire, pour le moment, qu'elle s'y adapte. Ce faisant, le droit de la responsabilité civile devient utile aux procédures collectives puisqu'il tente de répondre à leurs finalités. À côté des actions spécifiques tirées de la procédure collective, le droit commun aussi est placé à son service. Bornons-nous simplement à citer ici des exemples, que nous développerons tout au long de ce travail. Ainsi, la construction d'une jurisprudence fondée sur l'ancien article 1382 du Code civil favorable aux prêteurs poursuivi pour soutien abusif ; l'utilisation de la responsabilité civile délictuelle pour permettre au créancier de poursuivre individuellement le débiteur après clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, lorsque ce dernier a commis une fraude ; la nécessité d'une faute séparable des fonctions, dont les critères sont favorables au dirigeant, lorsqu'un créancier souhaite agir en réparation d'un préjudice qui lui est personnel, tendent à prouver cette utilité.

---

[1] V., O. Décima et L. Sautonie-Laguionie, « L'articulation des sanctions pénales et civiles en matière d'entreprises en difficulté », *in La responsabilité du chef de l'entreprise en difficulté*, dir. B. Saintourens et J.-C. Saint-Pau, éd. Cujas, coll. Actes & Études, p. 56.

[2] F. Pollaud-Dullan, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 352.

Il y a donc bien adéquation entre les effets des procédures collectives et l'utilisation de la responsabilité civile. Une seconde forme d'adéquation peut être mise en évidence.

Paragraphe 2 : Adéquation entre la discipline et la politique juridique de la procédure collective

Lorsque l'on évoque la notion de « discipline » de la procédure, le praticien du droit des procédures collectives la renvoie à celle de « discipline collective », au titre de laquelle les créanciers doivent respecter l'ordre public qui y est attaché. Pour ce faire, ces derniers sont soumis à un certain nombre de règles contraignantes, telle l'interdiction des paiements antérieurs, l'interdiction des poursuites individuelles ou encore l'obligation de déclarer leur créance[1]. De son côté, la jurisprudence à pu se référer à cette notion pour estimer que « constitue un trouble manifestement illicite le fait pour un créancier antérieur de percevoir un paiement au mépris de l'interdiction (…), ce paiement préférentiel étant effectué au détriment des autres créanciers de la procédure collective, ruinant la discipline commune imposée par la procédure collective et nuisant aux chances de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise[2] ».

Or, la discipline collective imposée aux créanciers est bien plus qu'un « savoir vivre ensemble », elle doit améliorer les chances de l'entreprise de se redresser. Pour y parvenir, le droit des procédures collectives fait de la responsabilité civile un outil chargé de maintenir une discipline plus globale que celle qui s'arrête uniquement sur la tête des créanciers.

En effet, un certain nombre de personnes seront amenées à intervenir, pour lesquelles le respect d'une discipline est tout aussi important, non pas pour respecter un ordre, mais pour servir la politique juridique de la procédure collective.

Ce droit fait intervenir des personnalités, du juge aux parties, en passant par les organes de représentation (**B**). En outre, la déjudiciarisation a multiplié et diversifié le nombre des intervenants dans les procédures collectives (**A**). Il semble qu'il faille donc distinguer les tiers des acteurs internes, encore que ce terme ne devrait pas se confondre avec les organes, car les organes de la procédure sont une création de la procédure[3] et ils n'existent pas tant qu'ils n'ont pas été institués. Toutefois, point n'est besoin ici de les qualifier précisément, donc par

---

[1] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 565, p. 261.
[2] CA Toulouse, Ch 2, Sect. 2, 29 juin 2010, n° 08/03367.
[3] V., H. Croze, « Les organes de la procédure », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, p. 50 et s.

souci de simplicité nous assimilerons ici les organes aux acteurs internes de la procédure collective.

Notre objet ne concernera pas l'étude du fondement de leur responsabilité, mais sera de rendre compte que l'utilisation de la responsabilité civile permettra d'assurer une discipline générale et cohérente pour que soit finalement respecter les finalités de la procédure collective et, partant, sa politique juridique.

A : La nécessaire participation des tiers à la recherche de l'efficacité des procédures collectives

La complexité et l'évolution permanente du droit, la pression des faits économiques et l'attente du justiciable imposent aux praticiens un effort d'adaptation permanent[1]. Les tiers à la procédure collective sont donc concernés par la recherche des finalités de la procédure collective et, partant de sa politique juridique. À ce titre, la mise en œuvre de leur responsabilité sanctionnera un comportement contraire à la politique juridique de la procédure collective.

La responsabilité des tiers, tel le commissaire aux comptes (**1**), le commissaire aux apports (**2**), le notaire (**3**), l'expert-comptable (**4**), l'huissier (**5**) ou encore l'avocat (**6**), obéit aux règles générales du droit commun de la responsabilité civile, de sorte qu'une faute, même légère, engage leur responsabilité[2].

En outre, il est important d'avoir en tête que tous ces professionnels ont l'obligation de souscrire à une assurance responsabilité civile professionnelle ou d'adhérer à une caisse de garantie collective.

1 : La responsabilité du commissaire aux comptes

Un devoir d'alerte. Le régime de la responsabilité civile du commissaire aux comptes, lorsqu'il est présent[3], est prévu aux articles L. 822-17 et suivants du Code de

---

[1] V., Ph. Froehlich, « Avant-propos », *LPA* 9 avril 2009, n° 71.

[2] V., B. Soinne et E. Kerckhove (coll.), *Traité des procédures collectives – Commentaires de textes. Formules*, Litec, 2e éd., n° 2734, p. 2268.

[3] Le commissaire aux comptes est présent dans les sociétés anonymes, dans les sociétés en commandite par actions. Pour les autres société commerciales le commissaire aux comptes est obligatoire s'il y a dépassement de deux des seuils suivants : 1.550.000 euros de total de bilan, 3.100.000 euros de chiffre d'affaires hors taxes ou un nombre de salariés supérieur ou égal à 50. V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 122.31, p.

commerce. À ce propos, ce dernier est responsable des conséquences dommageables des fautes et négligences commises dans l'exercice de ses fonctions. N'ayant pas de mission de représentation, il n'est pas civilement responsable des infractions commises par les dirigeants, sauf à ce qu'il ait eu connaissance des faits.

Par contre, leur responsabilité ne peut pas être engagée à raison des informations ou divulgations de faits auxquelles ils procèdent en exécution de leur mission. Cette irresponsabilité lui permet « d'agir » dans le cadre de la procédure d'alerte[1], c'est à dire lorsqu'il relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. En conséquence, sauf pour le commissaire aux comptes à agir avec mauvaise foi, il bénéficie d'une immunité dans le déclenchement de l'alerte[2]. Toutefois, il engagerait sa responsabilité s'il ne la déclenchait pas, sous réserve de prouver le lien de causalité entre l'absence de déclenchement de l'alerte et l'aggravation du passif[3].

La prescription de l'action en responsabilité intentée contre le commissaire aux comptes est calquée sur celle administrateurs sociaux, à savoir trois ans à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation[4].

Les missions du commissaire aux comptes. Elles sont prévues aux articles L. 823-9 et suivants du Code de commerce. Il dispose principalement d'une mission de certification des comptes, dont la faute commise dans cet exercice est susceptible d'engager sa responsabilité, dès lors que le lien de causalité entre la faute et le préjudice est établi. Tel n'est pas le cas

---

175. Une particularité doit être mentionnée pour les sociétés par actions simplifiées (SAS) pour lesquelles le commissaire aux comptes doit déclencher une alerte quand il a connaissance de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Particularité car les textes relatifs à la SAS ne l'organisent pas pour cette société. La question du fondement du déclenchement, par lequel le commissaire aux comptes peut déclencher l'alerte et la procédure qu'il doit suivre se pose, dès lors que la procédure d'alerte diffère selon qu'elle intervient dans la société anonyme (article L. 234-1 du Code de commerce) ou dans un autre type de société (article L. 234-2 du Code de commerce) : V., J. Paillusseau, « L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS – La notion de compatibilité dans le droit de la SAS », *JCP E* 2000, n° 43, p. 1697. La réponse dépendra du type de société : si les règles de fonctionnement de la SAS sont celles d'une société anonyme, les règles de la procédure d'alerte des sociétés anonymes devront être respectées ; dans le cas contraire s'appliqueront pour l'alerte les règles relatives aux autres sociétés que les sociétés anonymes.

[1] Articles L. 234-1 et suivants du Code de commerce.

[2] Cass., com. 3 décembre 1991, cassation n° 90-14.592, *Rev. sociétés* 1992, p. 488, note D. Vidal.

[3] Cass., com. 3 mars 2004, rejet n° 99-21.712, *Dr. sociétés* 2004, n° 12, comm.218, note H. Hovasse.

[4] Cass., com. 15 septembre 2009, rejet n° 08-18.876, *Rev. sociétés* 2010, p. 109, note T. Granier ; *Dr. sociétés* 2009, n° 12, comm.222, note H. Hovasse.

lorsque la certification des comptes est intervenue plus d'an an avant la cession, à un moment où le repreneur dirigeait déjà la société cible, de sorte qu'il avait une connaissance personnelle et directe de la situation de l'entreprise[1]. Par contre, tel est le cas lorsque les certifications sans vérifications sérieuses du commissaire aux comptes entraînent un défaut d'information qui n'a pas mis les participants à une augmentation de capital en mesure de prendre une décision éclairée. Ce défaut d'information établissant le lien de causalité entre la faute et le préjudice subi à la suite de la mise en cessation des paiements de la société[2].

Il possède aussi une mission de contrôle de régularité des comptes, ce qui suppose une part d'interventionnisme, mais sans pour autant devoir s'immiscer dans la gestion de la personne ou de l'entité dont ils sont chargés de certifier les comptes[3]. La difficulté sera donc de concilier les deux. Dans le cas contraire, il pourrait être qualifié de dirigeant de fait et engager sa responsabilité, par exemple sur le fondement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Dans l'exercice de sa mission de contrôle, le commissaire aux comptes peut se faire assister ou représenter par un expert ou un collaborateur de son choix. Ils agissent alors sous la responsabilité de celui-ci[4].

Limites au secret professionnel. Le commissaire aux comptes, en tant qu'« organe légal de « normalisation du risque social »[5] », doit en outre signaler, le plus rapidement possible, les irrégularités et inexactitudes qu'il aura relevées au cours de l'accomplissement de sa mission. Il doit dénoncer au ministère public les faits délictueux dont il a connaissance, sans que cette révélation ne puisse engager sa responsabilité[6].

Toutefois, dans sa mission d'examen limité des comptes intermédiaires, le commissaire aux comptes est amené à donner ses conclusions. Celles-ci peuvent donner lieu à des observations utiles de sa part, qui ont pour but d'attirer le lecteur de ces comptes sur une information

---

[1] Cass., com. 8 février 2011, rejet n° 09-17.177, *Rev. sociétés*, 2011, p. 509, note T. Granier ; *Bull. Joly* Mai 2011, p. 412, note F.-X. Lucas.

[2] Cass., com. 18 mai 2011, cassation n° 09-14.281, *Rev. sociétés* 2010, p. 590, note T. Granier ; *Dr. sociétés* 2010, n° 8-9, comm.164, note M. Roussille.

[3] Article L. 823-10 du Code de commerce.

[4] Article L. 823-13 du Code de commerce.

[5] D. Vidal, « L'intervention du commissaire aux comptes dans la gestion de l'entreprise sociale qu'il dirige », *in Procédures collectives et droit des affaires – Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 329.

[6] Article L. 823-12 du Code de commerce.

fournie dans l'annexe. Son devoir s'arrête ici, la non-diffusion de cette information relève de la responsabilité des dirigeants[1].

Application pratique. Le commissaire aux comptes est susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard des créanciers. Ainsi, le commissaire aux comptes d'une société cédée engage sa responsabilité envers le cessionnaire[2]. Selon la Cour de cassation, un commissaire aux comptes avait manqué de vigilance et n'avait pas exercé un contrôle conforme aux normes professionnelles, de sorte qu'au moment de la cession, la société cédante se trouvait dans l'impossibilité manifeste de faire face à ses engagements vis-à-vis de son ancienne filiale. Les obligations contractées par la société cédante à l'égard de la société cédée ne pouvaient en conséquence être tenues, ce que les commissaires aux comptes n'avaient pas décelé. Or, l'état de cessation des paiements existait dès cette époque pour la société cédante.
Par contre, le refus temporaire du commissaire aux comptes de certifier les comptes ne constitue pas une faute, dans la mesure où ce refus est motivé par des doutes sur la régularité d'une opération qui, si elle avait été annulée, aurait eu une incidence sur leurs comptes, les doutes n'étant levés qu'ultérieurement[3]. De même, le commissaire aux comptes ne commet pas de faute, bien qu'ayant certifié sans réserve les comptes d'une société mise en redressement judiciaire, dès lors qu'il a suffisamment attiré l'attention des intéressés sur des problèmes liés à des flux de trésoreries anormaux entre les différentes sociétés du groupe[4].

2 : La responsabilité du commissaire aux apports

Réparation limitée à l'aggravation de l'insuffisance d'actif. Le commissaire aux apports est la personne désignée par décision de justice ou par les associés en vue d'apprécier, sous sa responsabilité, l'évaluation d'un apport en nature ou d'un avantage particulier, telle qu'elle figure dans le projet de statuts d'une société par actions ou d'une société à responsabilité limitée ou dans le projet d'une augmentation de capital[5]. Ainsi, conformément à la politique juridique de la liquidation judiciaire, il a pu être jugé que le montant dû en réparation de la faute du commissaire aux apports, qui, à l'occasion d'un traité de fusion

---

[1] Article A. 823-28 du Code de commerce.
[2] Cass., com. 3 juin 2014, rejet n° 13-19.350, *JCP E* 2014, n° 30, p. 1398.
[3] Cass., com. 18 février 2014, rejet n° 12-29.075, *Rev. sociétés* 2014, p. 517, note F. Pasqualini et G. Marain ; *JCP E* 2014, n° 23, p. 1298, note B. Dondero.
[4] Cass., com. 8 novembre 2011, cassation n° 10-20.626, *Rev. sociétés* 2012, p. 383, note T. Granier.
[5] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v., Commissaire aux apports.

absorption, n'a pas remis en cause l'évaluation de la valeur des apports en nature laissant passer leur surévaluation, donnant ainsi une apparence trompeuse de solvabilité de la société absorbante, est cantonné à l'aggravation de l'insuffisance d'actif[1]. S'articulent donc le droit commun et le droit de la responsabilité civile des procédures collectives pour évaluer le préjudice et limiter le montant de la réparation à l'aggravation de l'insuffisance d'actif en raison de la liquidation judiciaire.

3 : La responsabilité du notaire

L'efficacité est synonyme de rapidité. Le traitement des difficultés d'une entreprise doit se réaliser dès lors qu'elles ont été constatées. À défaut de prévenir, il faut soigner au plus vite. Ainsi, le notaire ne peut abusivement retarder l'ouverture d'une procédure collective, sous le prétexte qu'il effectue des démarches visant à réaliser les biens du débiteur, alors que celui-ci se trouve en cessation des paiements. S'ils procèdent ainsi, il ne peut qu'être déclaré responsable pour le préjudice « qui en résulte au profit des créanciers comme d'ailleurs le cas échéant au profit du débiteur lui-même[2] ».

Un devoir différent selon l'étendue de sa mission. Le notaire, mais cette solution est valable pour tout rédacteur d'acte[3], s'il a un devoir de conseil et de mise en garde, n'a pas l'obligation d'apprécier l'opportunité économique de l'opération, en l'absence d'éléments d'appréciation qu'il n'a pas à rechercher[4]. Toutefois, le notaire chargé de l'authentification de l'acte de vente d'un fonds de commerce, commet une faute en s'abstenant d'informer son client du risque de défaillance de l'acquéreur qui s'endette significativement pour cette acquisition et du risque corrélatif d'inefficacité des garanties consenties en cas de procédure collective[5].

Le notaire et la publicité des procédures collectives. Toutefois, si le notaire, recevant un acte en l'état de déclarations erronées d'une partie quant aux faits rapportés,

---

[1] Cass., com. 7 janvier 2014, cassation n ° 12-23.640, *Rev. sociétés* 2014, p. 201, note L.-C. Henry ; *BJE* 2014, n° 3, p. 163, note J.-P. Sortais.
[2] B. Soinne et E. Kerckhove (coll.), *Traité des procédures collectives – Commentaires de textes. Formules*, *op. cit.,* n° 2739, p. 2274.
[3] C. Mouly-Guillemaud, « L'obligation d'information des professionnels du droit, obligation d'anticiper l'imprévisible », *LPA* 18 avril 2012, n° 78, p. 3.
[4] Cass., civ. 1re 18 février 2015, cassation n° 14-11.557, *AJDI* 2015, p. 622, note J.-Ph. Borel ; *Construction et urbanisme*, 2015, n° 10, comm.144, note C. Sizaire.
[5] CA Poitiers, 3e Ch. civ. 8 septembre 2010, n° 09/00373, *Act. proc. coll.* 2011, n° 3, alerte 60.

n'engage sa responsabilité que s'il est établi qu'il disposait d'éléments de nature à faire douter de leur véracité ou de leur exactitude, il est, cependant, tenu de vérifier, par toutes investigations utiles, les déclarations faites par le vendeur et qui, par leur nature ou leur portée juridique, conditionnent la validité ou l'efficacité de l'acte qu'il dresse. Ainsi, il appartient au notaire de vérifier les déclarations des vendeurs sur leur capacité de disposer librement de leurs biens, notamment en procédant à la consultation des publications légales afférentes aux procédures collectives[1].

4 : La responsabilité de l'expert-comptable

La présentation de bilans inexacts est contraire aux finalités de la procédure collective. L'expert-comptable engage sa responsabilité en cas de manquement à son obligation de conseil et de vérification des comptes. En effet, voici une espèce dans laquelle l'expert-comptable a été chargé, pendant 10 ans, d'une mission de révision des comptes, d'établissement des situations semestrielles et du bilan. Mission pour laquelle il a immédiatement relevé des anomalies comptables très importantes, telle l'absence d'états de rapprochement entre les écritures comptables et les écritures bancaires. Or, il s'est simplement contenté de signaler verbalement ces erreurs à la société cliente, alors que son obligation de conseil lui imposait d'alerter par écrit le client sur les risques encourus. Ce faisant, il a manqué à son obligation de vérification des comptes et a permis l'octroi de concours bancaires en présentant des bilans qu'il savait inexacts[2].
Les administrateurs d'une société placée en redressement judiciaire peuvent aussi rechercher sa responsabilité pour manquement à son devoir de conseil, en l'espèce l'expert-comptable n'a jamais mis en garde les administrateurs par des commentaires qu'appelaient pourtant les pièces comptables, donnant une apparence de sérieux aux renseignements[3].

L'intérêt personnel d'un tiers n'est pas nécessairement contraire aux finalités de la procédure collective. Par contre, commet une faute l'expert-comptable qui, étant chargé de

---

[1] Cass., com. 29 juin 2016, cassation n° 15-17.591. V., aussi : Cass., com. 12 mai 2011, cassation n° 10-17.602, *JCP N* 2012, n° 12, p. 1144, note J.-M. Delpérier. V., l'article de F. Vauvillé, « Le notaire face à la procédure collective du consommateur : le réflexe « bodacc.fr », toujours… », *Defrénois,* août 2011, n° 14, p. 1221.
[2] CA Rouen, Ch. 2, 31 janvier 2008, n° 05/04802, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 4, comm.171, note A. Martin-Serf.
[3] Cass., com. 1er décembre 1998, rejet n° 96-18.657, *RTD com.* 1999, p. 130, note C. Champaud.

la présentation pour les repreneurs d'une société en difficulté et de l'organisation d'une cession d'actifs de cette même société, est partie prenante dans la société cessionnaire de ces actifs, le simple fait que l'expert-comptable ai eut intérêt à l'opération ne caractérise pas le lien de causalité entre la faute et le préjudice subi[1].

5 : La responsabilité de l'huissier de justice

Une profession en mouvement. À titre de préambule, notons que la loi du 6 août 2015[2], prévoit, dans son article 64, la désignation en justice, à titre habituel, des huissiers de justice et des commissaires-priseurs[3] judiciaires en qualité de liquidateur dans le cadre des procédures de liquidation judiciaire prévues au titre IV du livre VI du code de commerce, ou d'assistant du juge commis dans le cadre des procédures de rétablissement professionnel prévues au même titre IV, lorsque ces procédures sont ouvertes à l'encontre de débiteurs n'employant aucun salarié et réalisant un chiffre d'affaires annuel hors taxes inférieur ou égal à 100 000 €. Cette possibilité qui entrera en vigueur au 1er janvier 2017, risque, au regard des compétences spécifiques que possèdent les mandataires et liquidateurs judiciaire, de voir leur responsabilité davantage recherchée.

Il participe à la procédure collective. L'huissier de justice peut intervenir lors de l'ouverture d'une procédure collective[4] pour aider le débiteur à dresser l'inventaire de son patrimoine[5]. Il pourrait donc se voir rechercher sa responsabilité civile en cas de manquement à son obligation de conseil.

L'abstention fautive préjudicie aux finalités de la procédure collective. Il est aussi susceptible d'engager sa responsabilité, en cas de défaut de délivrance de l'assignation à comparaître à un dirigeant de société en liquidation judiciaire tendant à son redressement judiciaire et au comblement du passif social. En effet, l'huissier a commis une faute en dressant un procès-verbal de recherches infructueuses, sans avoir accompli les diligences

---

[1] Cass., com. 2 novembre 2011, cassation n° 09-72.404, *Bull. Joly* 2012, n° 4, p. 307, note T. Granier.
[2] Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.
[3] Ordonnance n° 2016-728 du 2 juin 2016 relative au statut de commissaire de justice, remplacera à terme les professions d'huissier de justice et de commissaire-priseur.
[4] Article L. 621-4 du Code de commerce pour la sauvegarde ; article L. 631-9 pour le redressement et article L. 641-1 pour la liquidation judiciaire.
[5] Article L. 622-5 du Code de commerce.

suffisantes. L'huissier a constaté le changement d'adresse du dirigeant et un voisin lui a dit que le dirigeant avait déménagé dans la région nantaise. L'huissier explique avoir fait, en vain, une recherche sur minitel, mais cette recherche était manifestement incomplète puisque le dirigeant était effectivement domicilié à Nantes et son adresse était bien indiquée sur le minitel[1].

6 : La responsabilité de l'avocat

L'absence de déclaration de créance. Le droit des procédures collectives impose une discipline aux créanciers. Celle-ci se manifeste par la déclaration de créance, que ce soit par « le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix[2] ». Est donc visée la déclaration par ministère d'avocat. En effet, la Haute juridiction exerce sa censure quand l'avocat a, par sa faute, omis d'effectuer une déclaration de créance lors d'une procédure collective, ce qui a causé un dommage à son client, réparable sur le fondement contractuel[3].
Tel n'est cependant pas le cas, lorsque le client n'établit pas que son avocat avait eu connaissance, en temps utile, du redressement judiciaire personnel de ses débiteurs[4]. L'avocat, négligeant la défense des intérêts de son client, est susceptible de porter atteinte, de manière incidente, à la politique juridique de la procédure collective.

La nécessité de tenir compte des conséquences attachées à l'ouverture d'une procédure collective. La responsabilité de l'avocat sera aussi recherchée parce qu'il aura fait perdre une chance à son client. L'avocat qui n'informe pas son client, acheteur d'un immeuble, de ce que la substitution d'une demande de résolution de la vente à une simple demande de réparation des désordres affectant l'immeuble lui a fait prendre le risque de ne pas pouvoir faire exécuter la décision de résolution pour cause de liquidation judiciaire du défendeur. L'avocat a fait perdre la chance à sa cliente de ne pas courir ce risque[5]. L'avocat doit donc tenir compte des conséquences de l'ouverture d'une procédure collective.

---

[1] CA Angers, 19 novembre 2008, Ch. 1, sect. B, n° 07/02509, *Act. proc. coll.* 2009, n° 7, alerte 118.
[2] Article L. 622-24, alinéa 2, du Code de commerce.
[3] Cass., civ. 1re 3 juillet 2013, cassation n° 12-23.016, *Act. proc. coll.* 2013, n° 14, alerte 199.
[4] Cass., com. 22 septembre 2011, n° 10-23.503, *Act. proc. coll.* 2011, n° 18, repère 271, note D. Voinot.
[5] Cass., com. 23 février 2012, cassation n° 10-28.694, *Act. proc. coll.* 2012, n° 7, alerte 110.

Finalement, bien que l'avocat ne participe pas directement à la recherche des finalités de la procédure collective, il assume « une responsabilité assez lourde que l'entreprise pourrait être tentée d'engager pour compenser par des dommages et intérêts l'échec d'une opération[1] ».

Les tiers doivent donc participer à la recherche de l'efficacité du droit des procédures collectives. À côté des tiers, les acteurs doivent garantir l'accomplissement de ses finalités.

B : La nécessaire participation des acteurs à la recherche des finalités des procédures collectives

Nous laisserons de côté ici la responsabilité des débiteurs et créanciers ainsi que l'étude des contrôleurs et du ministère public, qui feront l'objet de développements spécifiques dans la suite de ce travail.
Seront successivement étudiées la responsabilité du juge-commissaire (**1**) puis celle des mandataires de justice (**2**).

1 : La responsabilité du juge-commissaire

Ses missions. La mission générale du juge-commissaire est définie laconiquement à l'article L. 621-9 du Code de commerce. Il est chargé « de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence ». Ces sont les textes qui définiront plus précisément ses attributions, qui peuvent être regroupées autour de deux idées. D'une part il est un auxiliaire de justice au service du tribunal de la procédure. D'autre part, il est une juridiction ayant vocation à rendre des décisions de justice[2].

Obligation de surseoir à statuer dans certaines hypothèses. Notons que le juge-commissaire dispose d'un pouvoir juridictionnel limité, de sorte qu'il doit surseoir à statuer dans certaines situations : il lui est par exemple interdit de statuer sur des dommages et

[1] G. Deharo, « Le rôle de l'avocat dans la gestion du risque juridique en entreprise », *Gaz. Pal.,* dimanche 16 au mardi 18 janvier 2011, p. 19.
[2] IFPPC et le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, avec le soutien de la Caisse des dépôts et consignations, *Manuel théorique et pratique à l'usage des juges-commissaires – Traitement des procédures de sauvegarde, redressement judiciaire et liquidation judiciaire des entreprises,* 2012, p. 13.

intérêts réclamés reconventionnellement par le débiteur[1], de même lorsque la créance invoquée suppose une appréciation de la responsabilité du débiteur[2].

La procédure de prise à partie. Le juge-commissaire, désigné par le tribunal, exerce des fonctions de magistrat, et à ce titre le juge-commissaire en conflits d'intérêts s'expose à la récusation, conformément aux règles du Code de procédure civile[3]. Aussi, il peut faire l'objet d'une prise à partie[4]. La possibilité de rechercher la responsabilité du juge-commissaire sur ce fondement n'est pas nouvelle. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple datant de 1956 pour lequel la cour d'appel de Paris avait jugé qu'« est recevable l'action introduite par le gérant d'une société à responsabilité limitée en faillite, qui tend par la voie de la prise à partie, à obtenir la réparation du préjudice causé à la société par le juge-commissaire, si celui-ci a par sa faute retardé la procédure d'opposition au jugement déclaratif de faillite et, si ce retard à statuer et le maintien de la décision critiquée a gravement compromis la réputation commerciale de la société[5] ».

La procédure de prise à partie est située à l'article L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire. Cet article énonce deux hypothèses dans lesquelles le juge peut être pris à partie : « s'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde, commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements » ou alors « s'il y a déni de justice ». En pratique la recherche de la responsabilité du juge-commissaire est très rare, et s'explique par les conditions de la prise à partie. Nous avons pu relever néanmoins une espèce dans laquelle, « après avoir relevé que le juge-commissaire avait eu recours à une procédure grossièrement inadéquate, à la régularité de laquelle il ne pouvait croire de bonne foi et violé manifestement le principe de la contradiction, la cour d'appel a pu retenir qu'il s'était rendu coupable de méconnaissances graves et inexcusables des devoirs essentiels du juge dans l'exercice de ses fonctions et avait commis une succession d'erreurs tellement grossières qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y aurait pas été entraîné, lesquelles avaient causé un préjudice important à un créancier. La cour d'appel, saisie d'une procédure de prise à partie, a légalement justifié sa décision de condamnation du juge à dommages-intérêts[6] ».

---

[1] Cass., com. 17 novembre 2009, rejet n° 08-18.929.
[2] Cass., com. 16 novembre 2008, rejet n° 07-15.982, *RTD com.* 2009, p. 454, note A. Martin-Serf.
[3] Articles 341 à 345 du Code de procédure civile.
[4] Article L. 141-2 du Code de l'organisation judiciaire.
[5] CA Paris, 21 mars 1956, *D.* 1956, p. 138.
[6] Cass., civ. 1re, 10 mai 1995, rejet n° 93-17.306.

En outre, dans une espèce qui ne concerne pas *a priori* le juge-commissaire, la Haute juridiction avait jugé que « commet un manquement à ses obligations le représentant des créanciers, qui, sur sa propre initiative, propose au juge-commissaire l'admission d'une créance déclarée tardivement, peu important l'éventualité d'une action en relevé de forclusion[1] ». Or, au-delà de la responsabilité du mandataire, ne pouvait-on pas, comme le souligne M. Lucas, rechercher la responsabilité du juge qui a accepté la créance rendant, par là, une décision préjudiciable. N'aurait-on pas pu chercher la responsabilité de l'État, tout aussi solvable que le mandataire, pour fonctionnement défectueux du service public de la justice ? Certainement, d'autant que la Cour de cassation considère dorénavant que cette action, sur le fondement de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire peut être exercée par le débiteur au titre de ses droits propres[2].

2 : La responsabilité des collaborateurs du service public de la justice

Les mandataires de justice ne sont pas des magistrats. Comme pour les tiers, ces professionnels des procédures collectives ont l'obligation d'adhérer à la caisse de garantie des administrateurs et des mandataires judiciaire[3].

Exerçant des professions « à haut risque[4] », et du fait du « rôle central[5] » qu'il seront amenés à jouer, les administrateurs, mandataires ou liquidateurs judiciaires, sont, par l'effet d'un « mandat de justice », chargés, à des degrés différents selon la procédure ouverte, de la gestion judiciaire des biens d'autrui[6]. À ce titre, il ne semble pas inutile de rappeler que, contrairement au juge-commissaire, ces derniers se distinguent de l'institution judiciaire en ce qu'ils sont « des collaborateurs du service public de la justice[7] ». Par conséquent, ils

---

[1] Cass., com. 30 juin 2004, cassation n° 02-20.729, *RD banc. et fin.* 2004, n° 6, p. 252, note F.-X. Lucas.

[2] Cass., com. 16 décembre 2014, cassation n° 13-19.402, précité.

[3] Table ronde, « La responsabilité civile des professionnels des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 5, entretien 3.

[4] C. Saint-Alary-Houin, « Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires : des professions « à haut risque »,… ! », *in Procédures collectives et droit des affaires – Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 193.

[5] M. Sénéchal, et X. Huertas, « Les innovations introduites par l'ordonnance du 12 mars 2014 témoignent du rôle central que sont amenés à jouer les administrateurs et les mandataires judiciaires », *BJE* 1er mai 2104, n° 3, p. 211.

[6] V., G. Bolard, « La déontologie des mandataires de justice dans les faillites », *D.* 1988, chron p. 261.

[7] Cass., civ. 1re 30 janvier 2013, rejet n° 11-26.056, *LEDEN* 2013, n° 3, p. 5, note T. Favario.

répondent des fautes qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction[1] et assument une mission de service public dans le cadre d'une activité libérale. À cette fin, il leur est imposé des obligations particulières, il leur est donné des pouvoirs et des prérogatives propres découlant du mandat de justice qui leur est confié par l'autorité judiciaire et qui font d'eux, non pas de simples mandataires des personnes qu'ils représentent, chargés de la protection d'intérêts privés mais des organes nécessaires de la procédure collective. Ils doivent agir pour rechercher les mesures propres à permettre la réorganisation de l'entreprise ; à défaut, la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, et, à défaut d'y parvenir, mettre fin à l'activité, au mieux des intérêts de toutes les personnes intéressées et de l'intérêt public[2].

Fondement délictuel de leur responsabilité. N'agissant pas à titre personnel, la responsabilité des mandataires de justice ne peu pas en principe être engagée au plan contractuel[3], celle-ci est donc fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

En outre, les mandataires de justice sont tenus, *a priori*, dans l'accomplissement de leur mission à une obligation de moyens, non de résultat[4], de telle sorte qu'ils engagent leur responsabilité pour faute prouvée[5].

L'objet de l'étude ne consistera pas à retranscrire les hypothèses dans lesquelles la responsabilité de ces mandataires peut être retenue. Notre travail sera de démontrer qu'en tant que professionnels de la procédure collective, il sont tenus à un devoir essentiel, celui de mettre en œuvre sa politique juridique.

Étudions successivement la responsabilité de l'administrateur (**a**) et du liquidateur judiciaire (**b**).

---

[1] V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 362.31 p. 685 et 372.09, p. 705. Aussi J. Vallansan, « Atelier n° 3 : la maîtrise des risques professionnels », *LPA* 9 avril 2009, n° 71, p. 23.

[2] V., Cass., mixte, 4 novembre 2002, cassation n° 00-13.524, *D.* 2003, p. 1194, note E. Dreyer ; *RTD com.* 2003, p. 388, note B. Bouloc ; *Rev. sociétés* 2003, p. 370 ; note B. Bouloc ; *RSC* 2004, p. 91, note J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; *JCP E* 2003, II, p. 10006, note E. Derieux.

[3] V., A. Perdriau, « La responsabilité des mandataires de justice », *JCP E* 1989, n° 27, p. 437, comm.15547. Sauf à ce qu'ils prennent des engagements personnels, non pas *ès qualité.* V., Cass., com. 12 juillet 2004, cassation n° 02-16.034. À propos de l'engagement résultant d'une lettre d'intention

[4] Cass., com. 9 juin 1998, cassation n° 95-12.338, *D.* 1998, p. 329, note A. Honorat ; *RTD com.* 1999, p. 190, note A. Laude. Aussi, Cass., com. 30 juin 2009, cassation n° 07-21.212, *Act. proc. coll.* 2009, n° 15, alerte 235.

[5] C. Saint-Alary-Houin, « Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires : des professions « à haut risque »,… ! », *op. cit.*

a : La responsabilité de l'administrateur judiciaire

Ses missions. La mission de l'administrateur judiciaire est fixée par le tribunal. En vertu de l'article L. 631-12, alinéa 2 du Code de commerce ce dernier le charge d'assister le débiteur pour tous les actes relatifs à la gestion, ou seulement pour certains. Cette mission correspond à l'une des finalités du redressement judiciaire, à savoir la poursuite de l'activité. L'article L. 631-14, quant à lui, prévoit la possibilité pour l'administrateur de représenter le débiteur. Dans ce cas, c'est lui qui a la charge d'effectuer un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise (…)[1], ou de proposer aux créanciers la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes[2].

Le devoir général de prudence et de diligence : une obligation de moyens. Dans sa mission, l'administrateur judiciaire est tenu à une obligation de moyens[3]. Or, celle-ci, avec l'obligation de résultat, ne concerne, *a priori*, que des obligations issues du contrat, non pas des fautes délictuelles. En effet, mise en évidence par Demogue dans la première moitié du vingtième siècle, et approuvée par la doctrine, cette distinction trouve son siège respectivement aux articles 1137 et 1147 du Code civil. Le premier impose au débiteur d'apporter à l'exécution de son obligation « tous les soins d'un bon père de famille ». Il concernerait donc les obligations de moyens, c'est à dire celles par lesquelles le débiteur s'engage à fournir la diligence normalement suffisante pour satisfaire le créancier[4]. Le second, qui met à la charge du débiteur des dommages et intérêts en cas d'inexécution de l'obligation, sauf à justifier qu'elle provient d'une cause étrangère, viserait les obligations de résultat, c'est à dire celles qui exigent du débiteur de donner l'obtention d'un résultat précis et déterminé[5].
En mettant en évidence une telle obligation à la charge de l'administrateur judiciaire, la jurisprudence a donc consacré un rapprochement entre faute délictuelle et inexécution d'une obligation contractuelle, lui intimant d'exécuter sa mission « en bon père de famille ». Or, ce rapprochement provient essentiellement, de « l'habitude qu'ont prise les tribunaux, soutenus en cela par la doctrine, de rattacher au contrat, en en faisant des obligations contractuelles, certains impératifs, qui sont en réalité de véritables normes de comportement, sanctionnées, en

---

[1] Article L. 622-7, II, du Code de commerce.
[2] Article L. 622-8, alinéa 3 du Code de commerce.
[3] Cass., com. 9 juin 1998, cassation n° 95-12.338, précité et Cass., com. 30 juin 2009, cassation n° 07-21.212, précité.
[4] V., G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Traité de droit civil, 4e éd., n° 521, p. 590.
[5] *Ibid.*

dehors du champ contractuel, par la responsabilité délictuelle[1] ». En conséquence, dans sa mission d'assistance, l'administrateur sera responsable toutes les fois où il manquera à son obligation générale de prudence et de diligence.

Exemples. Dans une première espèce[2], l'administrateur qui n'a pas répondu à une mise en demeure a été négligent. En outre, le fait qu'il se soit entouré d'aucun avis, qu'il n'ait pas demandé une prolongation des délais impartis, qu'il n'ait pas mené une véritable étude sur la réponse à fournir et qu'il ait laissé s'éteindre les effets du contrat conclu avec la société qui revêtait pour l'entreprise une importance primordiale, puisqu'elle lui permettait de vendre en exclusivité un produit recherché caractérise son imprudence fautive et donc le manquement à son obligation de moyens. En conséquence, il y a lieu de retenir sa responsabilité personnelle, faute d'avoir poursuivi un contrat de concession exclusive en cours.

Dans une seconde espèce[3], l'administrateur s'était prononcé favorablement sur la poursuite d'un contrat de fournitures. La responsabilité de ce dernier fut recherchée, il lui était reproché d'avoir poursuivi le contrat sans s'assurer qu'il disposait d'une trésorerie suffisante. La Cour d'appel ne retient pas de faute. L'arrêt est cassé car l'administrateur a manqué à son obligation de diligence en ce qu'il n'a pas recherché si à la date de l'option l'entreprise possédait une trésorerie suffisante pour honorer ses engagements.

Dans une troisième espèce[4], les termes sont limpides, le pourvoi est rejeté en ce que l'arrêt a « retenu que ces administrateurs tenus d'une obligation de prudence et de diligence dans le cadre de leur mission d'assistance, qui n'ont pas fait preuve d'une vigilance suffisante quant à la création du passif d'exploitation, ont engagé leur responsabilité personnelle en ce qui concerne le passif constitué par la poursuite d'activité ». C'est la première fois, à notre connaissance, que la Haute juridiction reconnaît explicitement cette obligation à la charge de l'administrateur.

Dans une dernière espèce[5], après avoir initialement poursuivi un contrat d'apprentissage par un tiers au bénéfice de l'entreprise en redressement judiciaire en réglant les factures émises, l'administrateur judiciaire a manqué, dans sa mission d'assistance, à son obligation de

---

[1] G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 168-2, p. 427.
[2] Cass., com. 9 juin 1998, cassation n° 95-12.338, précité.
[3] Cass., com. 30 juin 2009, cassation n° 07-21.212, précité.
[4] Cass., com. 6 juillet 2010, rejet n° 09-66.801, *Rev. proc, coll.* 2011, n° 1, comm.8, note Ph. Roussel Galle ; *Gaz. Pal.* 15 et 16 octobre 2010, p. 26, note C. Bidan.
[5] Cass., com. 1er octobre 2013, cassation n ° 12-20.657, *Gaz. Pal.* 12 et 14 janvier 2014, n° 12 à 14, p. 20, note C. Bidan.

diligence en n'assurant plus les paiements sans informer le cocontractant qu'il ne poursuit plus la convention.

Vers une obligation de moyens renforcée ? L'administrateur, de par son obligation de prudence et de diligence est tenu à une obligation d'information. À ce titre il peut par exemple engager sa responsabilité en cas de manquement à cette obligation, *a fortiori* lorsque l'information porte sur la protection de l'intérêt général. Ainsi, il a pu être jugé que le manque de diligence a amené l'administrateur a engager sa responsabilité personnelle pour faute en ce qu'il n'a pas informé, en vue de l'accomplissement de sa mission légale de passer tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession des actifs, le futur repreneur de la situation de l'exploitation au regard de la législation relative aux installations classées pour la protection de l'environnement[1]. Ici, le degré de diligence semble particulièrement élevé.

Un second exemple laisse à penser que la Cour de cassation a sévi sa jurisprudence à l'égard des administrateurs judiciaires[2]. En effet, alors que ces derniers sont investis soit d'une mission d'assistance ou de représentation, la Haute juridiction a cassé un arrêt en affirmant « qu'il appartenait à l'administrateur judiciaire, chargé d'une mission de surveillance, de s'assurer de l'efficacité de l'assurance de responsabilité décennale souscrite par le débiteur en vérifiant que le risque avait été exactement déclaré », solution curieuse car la procédure ouverte était un redressement judiciaire. En jugeant ainsi, les juges de la Cour de cassation ont sans doute inclus la mission de surveillance dans la mission d'assistance. Mais ce faisant, comme la faute de l'administrateur consista, dans cet arrêt, à ne pas avoir vérifié que le risque avait été exactement déclaré, en d'autres termes qu'il n'a pas vérifié les comportements passés du débiteur, on peut se demander s'il y a encore imprudence ou négligence à ne pas avoir demandé, à son débiteur, si des circonstances nouvelles s'étaient produites depuis la conclusion du contrat. Partant, si finalement la Cour de cassation ne met pas à la charge de l'administrateur, investi d'une mission ponctuelle de vérification, une obligation de moyens qui consacre un renforcement des droits des créanciers, puisqu'ils n'ont qu'à prouver le dommage et le lien de causalité. En effet, il semble que dans cette hypothèse la Cour impose

[1] Cass., com. 30 novembre 2010, rejet n° 09-71.954, *D.* 2011, n° 1, p. 8 ; *Act. proc. coll.* 2011, n° 2, alerte 36 ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, comm.122, note J.-Ph. Ruffié ; *JCP E* 29 février 2011, n° 8, p. 27, note B. Rolland.

[2] Cass., com. 22 octobre 2014, cassation n° 13-25.430, *D.* 2014, p. 2172 *Act. proc. coll.* 2014, n° 20, alerte 356, note L. Raschel ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 2, comm.19, note C. Lebel ; *Dr. sociétés* 2015, n° 5, comm.97, note J.-P. Legros ; *Gaz. Pal.* 20 janvier 2015, p. 19, note C Bidan ; *LEDEN* 2014, n° 11, comm.175, note N. Pelletier.

une diligence particulièrement élevée[1], de sorte que la preuve de la moindre imprudence ou négligence, comme ne pas avoir examiné le comportement passé du débiteur, engage la responsabilité de l'administrateur judiciaire. Donc, pour les missions ponctuelles, la sévérité est plus grande[2].

b : La responsabilité du liquidateur judiciaire

Le liquidateur judiciaire ne peut être tenu à une obligation de résultat. Le liquidateur judiciaire, en vertu de l'article L. 641-9 du Code de commerce exerce les droits et actions du débiteur, dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, concernant son patrimoine. Ce faisant, le liquidateur, contrairement à l'administrateur judiciaire investi d'une mission d'assistance ou de représentation atténuée, a la maîtrise complète des biens du débiteur. Partant, le liquidateur devrait selon toute vraisemblance être tenu à une obligation de résultat. En effet, en cas d'hésitation sur la qualification à donner entre ces deux types d'obligations, la doctrine s'est tournée vers le critère de l'aléa[3]. Les juges recherchent donc systématiquement si le résultat est plus ou moins tributaire d'aléas extérieurs à la personne du débiteur[4]. Si ces aléas sont prépondérants, l'obligation est de moyens ; s'ils sont accessoires, l'échec rend au contraire vraisemblable la défaillance et l'obligation est de résultat. Donc, plus une personne a la maîtrise des choses, plus l'obligation tend à devenir une obligation de résultat, parce que la part d'aléa est faible.

Il ne peut en être ainsi. Le liquidateur représente le débiteur et l'intérêt collectif des créanciers. Or, le débiteur lui-même n'est pas soumis à une obligation de résultat quant à la pérennité de son entreprise ; l'ouverture d'une liquidation judiciaire, par la distinction faite entre l'homme et l'entreprise, ne peut être considérée comme une faute[5] et le liquidateur, dans le cadre de son mandat de justice, ne peut posséder davantage de pouvoirs que le dirigeant qu'il représente. Il n'est donc pas débiteur d'une obligation de résultat.

---

[1] G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 533-1, p. 602.

[2] V., J. Vallansan, « Atelier n° 3 : la maîtrise des risques professionnels », *LPA* 9 avril 2009, n° 71, p. 26 et 27.

[3] V., G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 541, p. 611.

[4] V., F. Maury, « Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat », *RRJDP* 1998-4, PUAM, p. 1247.

[5] Bien qu'elle puisse néanmoins causer un dommage. V., *infra* « Les nouveaux caractères des préjudices et liens causals de la procédure collective ».

Le liquidateur peut être tenu à une obligation de moyens renforcée. La jurisprudence considère qu'il est tenu à une « obligations de moyens[1] », et qu'il dispose, comme l'administrateur judiciaire, d'un devoir général de prudence et de diligence, dont le manquement est constitutif d'une faute engageant sa responsabilité. Toutefois, il semble qu'à certains égards, il soit aussi tenu à obligation de moyens renforcée.

Ainsi, le liquidateur qui n'a pas pris des « diligences sérieuses et urgentes » nécessaires pour renseigner la victime d'un dommage causé par le débiteur, commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité personnelle[2].

De même, est reproché, à juste titre, la faute du liquidateur qui s'est abstenu de souscrire une police d'assurance garantissant des biens confiés, en l'espèce un navire, à une société et de n'avoir pas fait diligence pour permettre son indemnisation suite à la destruction de ce bien dans un incendie. La Cour de cassation, pour qui le liquidateur n'a pas souscrit une telle police et qui ne justifiait d'aucune déclaration du sinistre, an a déduit « qu'ayant été négligent, tant dans la conservation des navires que dans l'instruction du dossier, celui-ci avait commis des fautes professionnelles à l'origine du dommage (…) » pour lequel il devait réparation, peu important que le propriétaire du navire n'ait pas exercé l'action en revendication[3].

Enfin, le liquidateur est tenu à une obligation d'information. Ainsi, le liquidateur a commis une faute en violant l'obligation d'information et de conseil au profit des adhérents lui incombant en qualité de représentant de l'entreprise souscriptrice de l'assurance de groupe. Il aurait donc dû conseiller à la salariée de procéder elle-même à la déclaration de son arrêt maladie. La jurisprudence des procédures collectives attache donc au devoir de prudence et de diligence une obligation extracontractuelle d'information et de mise en garde « à l'égard des tiers des dangers non-apparents auxquels on les expose par l'exercice des activités et des risques que présentent pour eux les choses dont on a le contrôle[4] ».

La responsabilité civile est donc un outil de la politique juridique de la procédure collective. Ce faisant, il participe aussi à la défense de son efficacité.

---

[1] Cass., com. 1er décembre 2015, rejet n° 14-19.556.
[2] Cass., com. 15 avril 2008, rejet n° 07-12.153, *Act. proc. coll.* 2008, n° 8, alerte 138.
[3] Cass., com. 16 septembre 2008, rejet n° 07-11.012, *Act. proc. coll.* 2008, n° 16, alerte 255.
[4] G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 479, p. 503.

Section 2 : Un outil de défense de l'efficacité du droit des procédures collectives

Lorsque les moyens juridiques participent de manière positive à la recherche des finalités des procédures collectives, ils participent à son efficacité. Or, le droit de la responsabilité civile, qui est un outil de la politique juridique de la procédure collective, utilisé pour rechercher ses finalités, participe à la défense de son efficacité.

Mais pour que ce rôle soit efficace, la responsabilité civile doit prendre ses distances avec le droit commun. D'une part, parce que les actions en responsabilité de la procédure collective n'ont pas pour objet la défense d'un intérêt individuel (**Paragraphe 1**), mais collectif[1]. Toutefois, notons que cette forme de défense n'est pas propre au droit des procédures collectives, en effet, à titre d'exemple on peut relever que les syndicat professionnels peuvent exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent[2]. Ou encore, l'action exercée par une association devant une juridiction civile, dans l'intérêt collectif des consommateurs[3]. Ou enfin, en matière financière, la possibilité pour une association chargée de la défense des investisseurs en titres ou en produits financiers d'agir en justice pour des faits portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des investisseurs[4].

D'autre part, bien qu'elle soit susceptible de protéger des intérêts qui ne sont pas individuels, la mise en œuvre de la responsabilité civile assure la défense d'intérêts privés. Or, la responsabilité civile du droit des procédures collectives, à l'image par exemple des pratiques restrictives de concurrence[5], tend vers la poursuite d'un intérêt supérieur (**Paragraphe 2**).

---

[1] L'action en défense de l'intérêt collectif diffère de l'action de groupe ou *class action*, pour laquelle est concernée la somme des intérêts individuels. V., D. Mainguy, « L'introduction en droit français des class actions », *LPA* 22 décembre 2005, n° 254, p. 6.

[2] Article L. 2132-3 du Code du travail. Pour un exemple jurisprudentiel récent, v., Cass., soc. 23 mars 2016, cassation n° 14-22.250, *Dr. social* 2016, p. 650, note S. Tournaux ; *JCP E* avril 2016, n° 14, actu 313 ; *JCP S* avril 2016, n° 13, actu 147.

[3] Articles L. 621-1 et suivants du Code de la consommation.

[4] Article L. 452-1 du Code monétaire et financier.

[5] V., particulièrement l'article L. 442-6 du Code de commerce.

Paragraphe 1 : L'efficacité par la défense de l'intérêt collectif

Quelques mots sur l'intérêt collectif. Le premier élément à évoquer est que l'intérêt collectif sert les objectifs législatifs[1], et partant la politique juridique de la procédure collective.

Il faut en outre se garder de confondre intérêt collectif et intérêt de tous les créanciers. L'intérêt collectif n'est pas l'addition des intérêts individuels car l'action en défense de l'intérêt collectif peut être intentée contre l'un des créanciers s'il a causé un dommage à la collectivité. L'intérêt collectif ne se confond pas non plus avec l'intérêt général, qui est défendu, nous le verrons, par des personnes publiques. Enfin, l'intérêt collectif n'est pas l'intérêt de la société[2].

La doctrine avait défini l'intérêt collectif des créanciers comme ayant, « pour objet la protection, l'accroissement ou la mise en œuvre du gage commun, c'est à dire le gage que partagent, en théorie au moins, tous les créanciers[3] ». La jurisprudence s'en inspira pour venir poser en principe que « l'action en réparation des préjudices invoqués par les salariés licenciés, étrangère à la protection et à la reconstitution du gage commun des créanciers, ne relevait pas du monopole du commissaire à l'exécution du plan[4] », traduction de l'effet réel de la procédure collective, au sens de « l'effet de saisie des biens du débiteur par la collectivité de ses créanciers et la mise en œuvre de leur gage commun dans la procédure collective[5] ».

Quelques mots sur la défense de l'intérêt collectif. Si l'intérêt collectif sert la politique juridique de la procédure collective, sa défense participe à son efficacité.

La défense de l'intérêt collectif, notion cardinale du droit des entreprises en difficulté[6], induit un préjudice lui aussi collectif, qui ne peut être défendu que par les organes de la procédure.

---

[1] V., S. Le Gac-Pech, « Préjudices des salariés et intérêt collectif des créanciers », *JCP E* 2015, n° 45, p. 1522.

[2] V., V. Magnier, « Les class actions d'investisseurs en produits financiers », *LPA* 10 juin 2005, n° 115, p. 33.

[3] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 611.36, p. 1741.

[4] Cass., com. 2 juin 2015, n° 13-24.714, *D.* 2015, p. 2205, note S. Tréard ; *D.* 2015, p. 1970, note P.-M. Le Corre ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 2, comm. 73, note D. Jacotot ; *JCP E* 2015, n° 25, actu 512 et n° 45, p. 1522, note S. Le Gac-Pech ; *JCP G* 2015, n° 23, p. 723, note V. Orif et n° 30-35, p. 888, note F. Dumont ; *Act. proc. coll.* 2015, n° 12, repère 184, note F.-X. Lucas ; *JCP S* 2015, n° 30, p. 1278, note G. Loiseau ; *Procédures* 2015, n° 10, comm. 305, note B. Rolland.

[5] M. Sénéchal, « L'effet réel de la procédure collective », *BJE* 2014, n° 2, p. 65.

[6] V., P.-M. Le Corre, « La notion d'action tendant à la défense de l'intérêt collectif des créanciers », *BJE*, 2015, n° 5, p. 269.

En effet, l'article L. 622-20, alinéa 1er, première phrase, du Code de commerce dispose de façon péremptoire que « le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ».

La particularité, dans le cadre des procédures collectives, tient au fait que ce n'est pas, contrairement aux actions énoncées précédemment, une personne morale qui agi pour défendre l'intérêt collectif des créanciers, mais des personnalités spécifiques au titre desquelles figurent, à la seconde phrase de l'article L. 622-20, alinéa 1er les créanciers nommés contrôleurs (**A**). En outre, le point commun qui semble exister entre les actions en défense d'un intérêt collectif concerne la mesure de cette reconstitution qui, à terme, finance cet intérêt (**B**).

A : La place des contrôleurs dans l'efficacité du droit des procédures collectives

Nous allons étudier consécutivement l'institution de la fonction (**1**) ainsi que son étendue (**2**).

1 : L'institution de la fonction

La question portant sur la constitutionnalité de la désignation des contrôleurs et sur leur responsabilité, ne revêt pas un caractère sérieux. Les textes confèrent au contrôleur une simple mission d'assistance, dans l'intérêt de la procédure en général et de celui plus spécifique des créanciers. Il se contente d'émettre des avis, sans pouvoir contraindre le mandataire judiciaire ou le juge-commissaire, de sorte que sa désignation ne porte pas atteinte à l'équilibre des droits entre les parties. Il n'y a pas de connivence entre le contrôleur et le juge-commissaire, *a fortiori* du fait qu'il ne peut siéger, sous peine de nullité du jugement, dans les formations de jugement ni participer au délibéré de la procédure dans laquelle il a été désigné[1]. Il n'est donc pas sérieux de soutenir que les dispositions contestées portent atteinte au droit d'accès à un juge, au droit à un procès équitable, au droit d'accès à une juridiction libre, impartiale et indépendante, au principe d'égalité des armes et d'égalité entre les justiciables, au principe de responsabilité et d'équilibre des droits des parties à un procès[2].

[1] Article L. 662-7 du Code de commerce.
[2] CA Paris, Pôle 5, Ch. 9, 13 septembre 2012, n° 12/12240.

Généralités. La loi de sauvegarde a renforcé l'institution des contrôleurs dans le cadre de la politique juridique de la procédure collective, visant à conforter le rôle des créanciers dans le redressement des entreprises en difficulté[1].

Le contrôleur est la seule fonction qui permet à un créancier de participer activement à la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire[2]. En effet, pour ces procédures, le juge-commissaire, selon l'article L. 621-10 du Code de commerce « désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande », il ne s'agit pas pour autant d'une désignation automatique. Le juge-commissaire peut refuser cette désignation, bien que le contrôleur satisfasse les conditions requises, en vertu de sa fonction de gardien des intérêts[3]. Ainsi, ne commet pas d'excès de pouvoir le juge-commissaire qui ne désigne pas tous les créanciers qui ont demandé à être contrôleurs, même s'ils ne sont pas plus de cinq[4].

Lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs, il veille à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi parmi les créanciers chirographaires. Cette dernière exigence leur assure, en principe, une certaine représentativité, chacun étant censé exprimer, au delà de son point de vue personnel, celui d'une catégorie de créanciers afin de nourrir la réflexion du tribunal[5].

Si le débiteur exerce une profession libérale, l'ordre auquel il est rattaché est d'office contrôleur et le juge-commissaire ne peut plus en nommer que quatre. Aussi, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, les administrations financières et autres organismes publics peuvent être désignés contrôleurs s'ils en font la demande.

La fonction de contrôleur est gratuite et il est tenu à une obligation de confidentialité[6], celle-ci prend fin avec la fonction du juge-commissaire, au jour où le compte rendu de fin de mission de l'administrateur judiciaire, du mandataire judiciaire et, le cas échéant, du commissaire à l'exécution du plan, a été approuvé[7].

---

[1] V., A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 309, p. 203 et R. Dammann, « Réforme de la loi de sauvegarde : vers un renforcement du rôle des contrôleurs ? », *BJE* 2014, n° 2, p. 74.

[2] V., D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 133, p. 69. V., les articles L. 621-10, L. 631-9 et L. 641-1 du Code de commerce.

[3] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 503, p. 234. Pour une application pratique, v., T. com. Nantes, 15 juillet 2015, n° 2014/011657, *LEDEN* 2015, n° 10, p. 1.

[4] Cass., com. 29 septembre 2015, irrecevabilité n° 14-15.619, *Rev. sociétés* 2015, p. 762, note Ph. Roussel Galle ; *Procédures* 2015, n° 12, comm.369, note B. Rolland ; *Dr. sociétés* 2015, n° 12, comm.221, note J.-P. Legros ; *JCP E* 2015, n° 49, p. 1596, note T. Stefania ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 2, comm.36, note P. Cagnoli.

[5] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 502, p. 233.

[6] Article L. 621-11 *in fine* du Code de commerce.

[7] Article R. 621-25 du Code de commerce.

Désignation. L'article L. 621-10, alinéa 3 du Code de commerce, prévoit plusieurs hypothèses d'incompatibilités, liées soit à un lien de parenté, soit à des liens en capital avec le débiteur. Le créancier qui souhaite être désigné contrôleur doit donc attester sur l'honneur qu'il remplit ces conditions[1].

Pour pouvoir être désigné contrôleur, le créancier, personne physique ou morale, doit donc faire sa demande au juge-commissaire, après déclaration au greffe, dans laquelle il indique le montant de sa créance et, s'il en est titulaire, la nature de ses sûretés[2].

En outre, aucun contrôleur ne peut être désigné par le juge-commissaire avant l'expiration d'un délai de vingt jours à compter du prononcé du jugement d'ouverture, sauf pour les créanciers institutionnels[3].

2 : L'étendue de la fonction

Rôle d'assistance. Les contrôleurs assistent le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise[4]. Ainsi, le contrôleur peut assister le mandataire judiciaire dans la vérification des créances[5].

Accès privilégié à l'information. Pour son rôle d'assistance, le contrôleur peut prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire[6]. Ainsi, peuvent lui être communiquées les propositions pour le règlement des dettes portant sur des délais, remises et conversions en titres[7] ; il est informé des réponses faites par les créanciers[8] ; il est informé sur le bilan économique et social et sur le projet de plan qui lui sont communiqués par l'administrateur judiciaire[9] ; il est informé du contenu des offres de cession reçues[10] ; il est entendu avant que le tribunal autorise la reprise des poursuites individuelles, pour fraude à l'égard d'un ou de plusieurs créanciers, en cas de clôture pour

---

[1] Article R. 621-24, *in fine* du Code de commerce.
[2] Article R. 621-24, alinéa 1er du Code de commerce.
[3] Article R 621-24, alinéa 2 et 3 du Code de commerce. Notons que pour la sauvegarde financière accélérée, ce délai est réduit à quinze jours (article R. 628-5).
[4] Article L. 621-11 du Code de commerce.
[5] Article R. 624-1 du Code de commerce.
[6] Article L. 621-11 du Code de commerce.
[7] Article L. 626-5 du Code de commerce.
[8] Article L. 626-7 du Code de commerce.
[9] Article L. 626-8 du Code de commerce.
[10] Article L. 642-2, IV du Code de commerce.

insuffisance d'actif[1], etc. Le but n'étant pas ici de lister toutes les possibilités qui lui sont offertes. Nous remarquerons néanmoins que son rôle actif dans la politique juridique de la procédure collective est indéniable, et qu'à ce titre il participe à son efficacité.

Les pouvoirs du contrôleur. Le contrôleur peut demander au juge-commissaire de saisir le tribunal afin que soit procédé au remplacement de l'administrateur, de l'expert ou du mandataire judiciaire ou encore d'adjoindre un ou plusieurs administrateurs ou mandataires judiciaires à ceux déjà nommés[2]. Notons que depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014, tout créancier peut demander le remplacement des mandataires de justice[3], ce qui réduit la portée des pouvoirs du contrôleur. En outre, il peut être entendu avant que ne soit ordonnée la cessation de l'activité, la conversion en redressement judiciaire, ou que ne soit prononcée la liquidation judiciaire[4].

Finalement, s'ils disposent d'un droit de regard, les contrôleurs n'ont pas de pouvoir de gestion ou d'administration de l'entreprise, ni de pouvoir à l'égard du déroulement de la procédure collective[5]. Ainsi, le contrôleur ne possède pas plus de droits qu'un autre créancier[6].

Rôle supplétif pour la défense de l'intérêt collectif. Les contrôleurs ont un rôle subsidiaire depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde. En effet, en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir pour défendre l'intérêt collectif des créanciers[7]. Antérieurement à cette possibilité, si le créancier voulait agir en cas d'inertie de son représentant, il devait intenter une action en responsabilité contre lui.
À propos des actions mettant en jeu l'intérêt collectif pour lesquelles le créancier contrôleur pourrait être amené à intervenir, on peut citer : l'action paulienne, les actions obliques, diverses actions attitrées comme les actions en nullité de la période suspecte, plus généralement les actions en responsabilité contre les tiers (notamment les établissements de crédit), l'action en libération des apports des associés, etc.[8].

---

[1] Article L. 643-11, IV du Code de commerce.
[2] Article L. 621-7, alinéa 2 du Code de commerce.
[3] Article L. 621-7, alinéa 4 du Code de commerce.
[4] Article L. 622-10 du Code de commerce.
[5] V., A. Lienhard, *Procédures collectives*, Dalloz, éditions Delmas, 6e éd., n° 33.26, p. 83.
[6] Cass., com. 16 janvier 1996, rejet n° 93-21.335, *RTD com.* 1996, p. 305, note M. Cabrillac.
[7] Article L. 622-20 du Code de commerce.
[8] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 612.24, p. 1760.

Ce droit d'action subsidiaire est surtout reconnu dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif[1], puisque l'article L. 651-3 du Code de commerce dispose que « dans l'intérêt collectif des créanciers, le tribunal peut également être saisi par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le liquidateur n'a pas engagé l'action (…) ». Cette possibilité leur est ouverte si une mise en demeure est délivrée par au moins deux créanciers contrôleurs, ce qui évite les poursuites anarchiques, et si celle-ci, adressée au mandataire de justice par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, est restée infructueuse pendant deux mois à compter de la réception de la mise en demeure[2]. Or, on peut relever que le premier texte impose une majorité et le second que la mise en demeure doit être adressée par au moins deux contrôleurs. Toutefois, si le juge-commissaire nomme un seul voire deux contrôleurs, il ne peut y avoir de majorité. Comment dans ce cas combiner les articles L 651-3 et R. 651-4 du Code de commerce ? Le Conseil d'état a répondu que le tribunal doit, a peine d'irrecevabilité, être saisi par les deux créanciers contrôleurs[3].

En outre, notons que dans un avis rendu en 2013, la Cour de cassation a estimé que « l'article L. 622-20 du code de commerce confère au créancier nommé contrôleur, en cas de carence du mandataire judiciaire, qualité pour agir en extension d'une procédure collective sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité de la personne morale[4] ».

Cependant, cette possibilité ne semble pas s'appliquer pour l'action en responsabilité pour cessation des paiements, dans la mesure où l'article L. 631-10-1 du Code de commerce ne vise, s'agissant des demandeurs que « l'administrateur ou du mandataire judiciaire ».

Par ailleurs, les sommes recouvrées à l'issue des actions introduites par le ou les créanciers nommés contrôleurs, entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif[5], bien qu'ils agissent à leurs risques et périls.

Enfin, depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, les contrôleurs sont tenus à la confidentialité, sanctionnée par les règles de la responsabilité civile.

---

[1] CA Lyon, 3e ch. A, 22 juin 2012, n° 11/02168, *JCP E* 11 avril 2013, n° 15, p. 28, note C. Delattre.

[2] Article R. 651-4 du Code de commerce.

[3] CE. 6e sous-section, 25 juillet 2013, n° 353500, *Sté Kalkalit Nantes, Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, comm.174 par A. Martin –Serf.

[4] Cass., avis sur saisine, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *D.* 2013, p. 2363 ; *Rev. sociétés* 2013, p. 520 ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 4, étude 18 des conclusions de R. Bonhomme et n° 5, comm.117, note B. Saintourens ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 12, alerte 167, note P. Cagnoli ; *Procédures* 2013, n° 8-9, comm.251, note B. Rolland.

[5] Article L. 622-20, *in fine* du Code de commerce.

Responsabilité des contrôleurs. La gratuité de leur mission, jamais remise en cause[1], a pour conséquence l'engagement de leur responsabilité qu'en cas de faute lourde[2], faute particulière dont l'effet doit permettre d'éviter des poursuites anarchiques dans l'intérêt collectif. Or, si leurs pouvoirs se sont accrus en 2005, notamment pour la défense de l'intérêt collectif, nous pouvons nous poser la question de l'opportunité de garder la nécessité d'une faute lourde.

De plus, pour la doctrine, on ne pourrait rechercher la responsabilité des contrôleurs que sur le fondement de l'abus de droit[3] ou d'une action abusive ou dilatoire[4]. À ce titre, le tribunal de commerce de Paris, dans un jugement rendu en 2006 s'est fondé sur l'article 1383 du Code civil pour condamner un contrôleur, en raison d'une action en justice abusive[5].

En outre, le contrôleur peut être révoqué par le tribunal à la demande uniquement du ministère public[6]. La révocation peut intervenir en cas de défaut de qualité de créancier, s'il ne l'a jamais possédée. S'il l'a perdue, le tribunal se bornera à constater la perte de qualité de créancier. La révocation peut aussi intervenir en cas de faute simple commise dans l'exercice des fonctions, telle la violation du secret professionnel, l'exercice abusif de ses fonctions ou encore toute « action inopportune contraire aux finalités de la procédure collective[7] ». En effet, les contrôleurs ne peuvent engager des actions inopportunes, qui seraient contraires aux objectifs de toutes procédures collectives car les pouvoirs des contrôleurs « ne sauraient servir des actions tendant à assouvir un intérêt personnel de nature à hypothéquer les chances de redressement du débiteur et donc à nuire aux autres créanciers, ainsi qu'aux salariés de l'entreprise rencontrant des difficultés[8] ». Finalement, par cette possibilité offerte au ministère public, ce dernier veillera au respect des finalités des procédures collectives, et la responsabilité du contrôleur participera à la recherche d'efficacité du droit afférent à ces procédures.

---

[1] La gratuité des fonctions fut instaurée par l'alinéa 3 de l'article 10 de la loi du 4 mars 1889, portant modification de la législation des faillites.

[2] Article L. 621-10 *in fine* du Code de commerce.

[3] P. Cagnoli, « Les responsabilité des autres acteurs de la procédure collective », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, dossier 13.

[4] Ph. Roussel Galle, « Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal.* 10 septembre 2005, n° 253, p. 3

[5] Jurisprudence citée par P. Cagnoli, « Les responsabilité des autres acteurs de la procédure collective », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, dossier 13, note 16.

[6] Article L. 621-10 *in fine*.

[7] T. Stefania, « La révocation des contrôleurs », *JCP E* 2013, n° 36, p. 1471.

[8] T. com. Valenciennes, 17 juin 2010, n° 2010-819, *Act. proc. coll.* 2011, n° 4, alerte 70.

Si sa responsabilité est recherchée, il peut se faire représenter par l'un de ses préposés ou par ministère d'avocat[1].

L'inaction du contrôleur. Le contrôleur agit dans l'intérêt collectif, en cas de carence du mandataire. Or, cette action est, selon le législateur, une possibilité, de sorte qu'il ne peut engager sa responsabilité en restant, lui aussi, inactif. Et ce, d'autant plus qu'il s'agit d'un organe subsidiaire. Il doit pouvoir se retrancher derrière le pouvoir principal d'action du mandataire judiciaire[2]. Toutefois, cette solution n'est pas, selon nous, conforme à la politique juridique de la procédure collective. En effet, l'inaction du mandataire et des contrôleurs, amènerait à faire échapper le dirigeant à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Certes, il reste la possibilité pour le ministère public de saisir le tribunal, mais quand bien même il le ferait, l'absence de contrainte sur le mandataire et le contrôleur reviendrait à lui conférer seul la qualité d'agir, ce qui n'est pas acceptable au regard de la finalité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, sauf à concevoir que sa finalité soit uniquement punitive. Peut-être faudrait-il alors ouvrir la saisine du tribunal dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif à la majorité des contrôleurs, sans qu'il soit question de subsidiarité.

Les contrôleurs, sont donc des garants, à l'image des mandataires de justice, de la politique juridique de la procédure collective. À ce titre, ils participent pleinement à son efficacité. D'un point de vue matériel, il en sera de même pour les effets de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

B : La participation du financement de l'intérêt collectif à la défense de l'efficacité de la liquidation judiciaire

La fonction de financement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, en ce qu'elle permettra de récupérer des actifs qui seront répartis entre les créanciers, passe par son mode (**1**) et la mesure de sa réparation (**2**).

---

[1] Article L. 621-10 *in fine.*

[2] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 612.24, p. 1760. *Contra* P. Cagnoli, « Les responsabilité des autres acteurs de la procédure collective », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, dossier 13.

1 : La réparation de l'insuffisance d'actif

Sur la réparation. La réparation, telle que nous la concevons, est l'objectif consistant à effacer tout ou partie du dommage causé par un comportement considéré comme fautif. Celle-ci peut être obtenue par différents moyens, tels que, l'assurance ou encore l'indemnisation de la victime à la charge de l'État.

Mais le moyen le plus commode est sans doute le recours aux sanctions civiles de dommages et intérêts. Bien qu'à l'origine le caractère répressif de la somme allouée à la victime prévalût sur le caractère indemnitaire, puisque les *Institutes* de Gaius le mentionnait clairement : « *celui qui nie est actionné au double*[1] » ; l'évolution de la jurisprudence en fit un caractère réparateur. Nous relevons par exemple un arrêt de 1957 dans lequel il est souligné que « *les indemnités réparatrices* (…) *ne sauraient légalement être que la réparation du dommage matériel et moral que le plaignant a subi et ne peuvent constituer une punition de la faute commise*[2] ». Dès lors, il sera non seulement possible de tenir compte de la faute pour chiffrer le dommage, mais aussi de proportionner l'indemnité à la gravité de la faute commise.

Telle est la situation que nous observons pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. La réparation n'étant pas représentée par la somme elle-même, c'est à dire *intuitu actoris*, mais par la privation que cette somme représente pour le responsable, *intuitu rei*[3]. De plus, la jurisprudence elle-même souligna « le caractère indemnitaire[4] » de l'action en comblement, d'où sa nature de responsabilité civile[5].

Le squelette d'une action de droit commun. Le squelette de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, obéit dans ses grandes lignes aux conditions classiques de la responsabilité civile pour faute. La preuve qu'une faute de gestion a contribué au dommage, constitué par l'insuffisance d'actif, entraîne réparation.

La nécessité d'un préjudice « direct ». Le préjudice subi par la collectivité des créanciers de la procédure collective doit être causé directement par la faute de gestion. Ce n'est pas le cas pour les actions en défense d'un intérêt collectif, telle l'action syndicale, pour

---

[1] Gaius, *Institues,* III, Ch. 2 : http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Francogallica/aquilia_fran.html consulté le 21 août 2016.
[2] Cass. civ.13 mars 1957, *JCP* 1957, II, 10084, note P. Esmein.
[3] V., J. Granier, « Quelques réflexions sur l'action civile », *JCP* 1957, I, p. 1386, p. 42 à 49.
[4] Cass., com. 19 février 1985, rejet n° 83-14.713.
[5] Réponse ministérielle, n° 25638 : JO Sénat, 6 février 1986, p. 223.

laquelle le préjudice pourra être indirect, ce qui pourrait s'entendre d'un préjudice collectif par ricochet[1].

La condamnation finance le préjudice. Toutefois, l'analogie s'arrête ici, car cette action possède un rôle crucial dans la défense de l'efficacité de la procédure de liquidation judiciaire. Ce rôle est celui de financer le préjudice subi par les créanciers[2]. En effet, si les conditions précitées sont remplies, le tribunal pourra 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[3] ». La mesure de la condamnation ne peut donc excéder le montant de l'insuffisance d'actif.
En conséquence, à la différence du droit commun, le juge n'est pas lié lorsque les conditions sont remplies, ce qui donne à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif une « réelle utilité économique[4] », *a fortiori* dès lors que « 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[5] », proportionnellement au montant de leur créance. Ce qui laisse donc aux créanciers chirographaires une possibilité de voir leur créance réglée car pour ceux titulaire d'un droit prioritaire, ils ne pourront en principe s'en prévaloir[6].

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est donc la traduction de « l'effet réel » de la procédure collective : elle est intentée dans l'intérêt collectif des créanciers dont elle reconstitue le gage commun « afin de redonner à la saisie collective l'assiette qui aurait dû être la sienne avant le jugement d'ouverture[7] ».

---

[1] V., V. Magnier, « Les class actions d'investisseurs en produits financiers », *LPA* 10 juin 2005, n° 115, p. 33.
[2] V., P. Le Cannu, « La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *Rev. sociétés* 2005, p. 743.
[3] Article L. 651-2, alinéa 1er du Code de commerce.
[4] O. Bouru *et al.,* « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? », *Rev. proc. coll.,* septembre 2009, n° 5, entretien 2.
[5] Article L. 651-2 *in fine* du Code de commerce.
[6] D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 701, p. 321.
[7] M. Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, BDE, Litec, tome 59, n° 663, p. 714.

2 : La réparation mesurée de l'insuffisance d'actif

Parallèle avec l'action d'une association en défense de l'intérêt collectif des consommateurs. Dans une espèce[1], le demandeur avait reçu d'une société de vente par correspondance deux documents le désignant comme le gagnant d'une somme de 105.750 francs. Pour pouvoir en bénéficier, il devait simplement renvoyer un bon de validation, ce qu'il fit. La société, qui ne renvoya ni de réponse ni le lot, a été assignée en délivrance du gain et en paiement de l'intégralité de la somme. Aussi l'association UFC Que choisir a demandé le paiement d'une somme de 100.000 francs en réparation de l'atteinte portée à l'intérêt collectif des consommateurs. La Cour d'appel a accordé au demandeur la somme de 5000 francs et à l'association le franc symbolique. Cette dernière s'est donc pourvut en cassation. Dans son pourvoi, l'association faisait valoir que si le juge apprécie souverainement le montant des dommages-intérêts, il lui appartient d'évaluer le préjudice d'après les éléments dont il dispose sans pouvoir se borner à allouer une indemnité symbolique en raison du montant incertain du dommage. Son pourvoi trouva écho auprès de l'avocat général pour lequel la motivation « ne tient pas compte de la mission qui a été confiée par le législateur aux associations de consommateurs habilitées (…) à agir en justice pour la défense de l'intérêt collectif des consommateurs et à réclamer la réparation du préjudice dont les consommateurs ont collectivement souffert[2] ».

Or, selon la Cour d'appel, l'intérêt collectif des consommateurs est exactement réparé par l'octroi de cette somme. Ce moyen n'est pas accueilli par la Cour de cassation car « la cour d'appel a apprécié souverainement le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite, sans être tenue d'en préciser les divers éléments ».

Devrait-on, en droit des procédures collectives tenir compte davantage de la mission des mandataires de justice, qui agissent dans l'intérêt collectif des créanciers, des efforts fournis par eux dans la tentative de récupération de créance ? En effet, nous allons le constater, pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, le juge dispose aussi d'un pouvoir souverain d'appréciation quant au montant de la réparation, ce qui juridiquement est

---

[1] Cass., mixte, 6 septembre 2002, cassation n° 98-22.981, *D.* 2002, p. 2963, note D. Mazeaud et p. 2531, note A. Lienhard ; *RTD civ.* 2003, p. 94, note J. Mestre ; *RTD com.* 2003, p. 355, note B. Bouloc ; *JA* 2002 n° 270, p. 8, note F. Suplisson ; *CCC* 2002, n° 151, note G. Raymond ; *JCP G* 2002, II, p. 10173, note S. Reifergeste ; *LPA* 2002, n° 213, p. 16, note D. Houtcieff ; *RLDA* 2002, n° 54, n° 3427, note B. Fages.

[2] Avis cité par F. Suplisson, « Association de consommateurs – Quelle est la juste indemnisation du préjudice collectif défendu par les association de consommateurs ? », *JA* 2002, n° 270, p. 8, note sous Cass., mixte, 6 septembre 2002, cassation n° 98-22.981, précité.

contestable, sauf à considérer que la responsabilité de la procédure collective participe à la défense de son efficacité. L'absence de condamnation, malgré la faute ne risque-t-elle pas de décourager le liquidateur à engager une telle action ? Car il est des hypothèses dans lesquelles le liquidateur n'agit jamais dans le cadre du titre V[1]. Toutefois, si le mandataire n'agit pas, que ce soit parce qu'il estime qu'il est toujours possible pour les contrôleurs d'agir, ou pour une autre raison, il devrait répondre de sa négligence[2].

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif participe pleinement à l'efficacité de la liquidation judiciaire. Le Conseil constitutionnel fut saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité concernant l'article L. 651-2 du Code de commerce. Selon le plaideur, pourvu en cassation, cet article serait contraire au principe de responsabilité personnelle ainsi qu'au principe d'égalité devant la loi[3], ce qui ne paraissait pas totalement infondé au regard des règles du droit commun[4]. Or, le Conseil constitutionnel, pour déclarer conforme l'alinéa premier de cet article à la Constitution, s'appuie sur des considérations de politique juridique attachées à la procédure collective[5]. Il relève qu'en laissant au tribunal la possibilité d'exonérer en tout ou partie les dirigeants fautifs le législateur a entendu prendre en compte « les facteurs économiques qui peuvent conduire à la défaillance des entreprises ainsi que les risques inhérents à leur exploitation ». Le Conseil constitutionnel ajoutant 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 [6]». Bien que cette solution soit, selon nous, un peu réductrice, car la justification de la possibilité d'apprécier souverainement la réparation de

---

[1] V., C. Delattre, « Le contrôleur : quand l'acteur secondaire devient l'acteur principal en matière de sanction civile », *JCP E* 2013, n° 15, p. 1193. Note sous CA Lyon, 3e ch. A, 22 juin 2012, n° 11/02168, précité.

[2] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* n° 510, p. 236.

[3] Cass., com. 27 juin 2014, QPC incidente-renvoi au Conseil constitutionnel n° 13-27.317, *D.* 2014, p. 2196 ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 14, repère 249, note B. Saintourens ; *JCP G* 2014, n° 39, p. 963, note J.-J. Barbièri ; *Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, comm.172, note A. Martin-Serf ; *Dr. sociétés* 2014, n° 12, comm.192, note J.-P. Legros.

[4] V., Ph. Brun, « Responsabilité civile – Novembre 2013-Décembre 2014 », *D.* 2015, p. 124, note sous Cons., const. 26 septembre 2014, n° 2014-415.

[5] Le Conseil constitutionnel reprend la formule utilisée à propos de la constitutionnalité de l'article L. 650-1 du Code de commerce, instituant une irresponsabilité du créancier souteneur. V., Cons., const. 22 juillet 2005, DC n°2005-522, précité.

[6] Cons., const. 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC, *Rev. sociétés* 2014, p. 753, note Ph. Roussel galle ; *D.* 2015, p. 124, note Ph. Brun ; *Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, comm.172, note A. Martin-Serf ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 18, repère 311, note B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 2014, n° 12, comm.192, note J.-P. Legros.

tout ou partie du préjudice ne devrait pas se réduire à des considérations d'ordre purement économique ; force est de constater que cette mesure participe bien de l'efficacité des procédures collectives.

Cette action est donc l'archétype de l'action en responsabilité prise comme un outil de la politique juridique de la procédure collective, puisque la défense de l'efficacité aboutit paradoxalement à ce que cette action ne soit pas elle-même efficace, au titre de la réparation. La prise en compte de l'impécuniosité du dirigeant est d'intérêt supérieur par rapport à celui des créanciers de voir leur préjudice réparé, ce qui est certes critiquable au regard du principe de la réparation intégrale du droit de la responsabilité civile, mais nécessaire pour ne pas décourager ceux qui entretiennent notre tissu économique.

Donc, le tribunal possède un pouvoir d'appréciation, souverain et « immense[1] », sans équivalent en droit commun, puisque la condamnation est facultative bien que la faute de gestion puisse être caractérisée[2]. Ainsi, lorsque les fautes de gestion ne manifestent pas de volonté d'enrichissement personnel et que le dirigeant demeure dans une situation d'impécuniosité, ceux-ci n'hésitent pas à écarter toute condamnation pour insuffisance d'actif[3]. Aussi, l'implication financière d'un dirigeant, qui a apporté des fonds personnels, si elle ne peut exonérer le dirigeant de sa responsabilité doit être prise en compte pour atténuer sa condamnation pécuniaire[4]. Cette liberté permet donc au juge « de fixer l'étendue de la réparation à ce qu'il croit juste, compte tenu de la gravité de la faute, de la nature des fonctions, et de l'indépendance du dirigeant[5] »

Les sommes versées par le dirigeant au titre de sa faute entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont ensuite réparties au marc-le-franc entre tous les créanciers, de telle sorte que les dirigeants ne peuvent pas participer aux répartitions[6], ce qui pour certain est « aussi moral que logique[7] », pour d'autre il s'agit au contraire d'une « double peine », qui ne frappe que les dirigeants qui ont apporté du crédit à l'entreprise, ce qui est contraire au principe de proportionnalité[8].

---

[1] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1711, p. 787.
[2] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1426, p. 897.
[3] CA Pau, ch. 2, sect. 1. 20 décembre 2007, n° 06/03731.
[4] CA Grenoble, Ch. com. 20 juin 2013, n° 10/03483, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 6, comm.155, note C. Delattre ; *JCP E* 2014, n° 6, p. 1060, note C. Delattre.
[5] F. Vauvillé, « Le nouveau titre V des responsabilités et des sanctions », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 4, p. 348.
[6] Article L. 651-2 *in fine* du Code de commerce.
[7] V., A. Lienhard, *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 132.28, p. 550.
[8] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1718, p. 790.

Aussi, notons que le dirigeant qui n'exécute pas sa condamnation à combler l'insuffisance d'actif, est susceptible de se voir prononcer à son encontre une mesure de faillite personnelle. Or, si l'impécuniosité du dirigeant peut être prise en compte au titre de l'obligation à la dette, le fait qu'il mette en avant son impécuniosité pour échapper à cette sanction ne peut pas être prise en considération dès lors que la seule condition requise pour son application est le défaut d'exécution de la condamnation[1].

Enfin, dans l'hypothèse où le dirigeant est déjà soumis à une procédure collective, le montant du passif qui peut être mis à sa charge est déterminé après avoir appelé en cause le mandataire judiciaire[2].

Les actes préparatoires. En 2005, le législateur a doté le président du tribunal de moyens juridiques qui le font agir directement pour la politique juridique de la procédure collective[3]. En effet, ces actes préparatoires visent à réduire les risques d'inexécution avant même que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne soit prononcée.

Il s'agit de la possibilité, peu usitée en pratique[4], d'obtenir, nonobstant toute disposition législative contraire, communication de tout document ou information sur la situation patrimoniale des dirigeants, de la part des administrations et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale, des établissements de paiement, des sociétés de financement, des établissements de monnaie électronique et des établissements de crédit. Cela permet au tribunal d'appréhender au plus juste la capacité contributive du dirigeant, sa surface financière, et « de tenir compte de cette information ainsi que des autres éléments nécessaires pour condamner l'intéressé à une peine adaptée et en tout cas exécutable[5] ». Ces pouvoirs d'investigations sont, selon M. Germain, un moyen de « proportionner la réparation à la gravité de la sanction que le juge veut prononcer[6] ». Ainsi, de par son pouvoir d'appréciation, une cour a pu estimer qu'une condamnation n'apparaît pas opportune eu égard à la situation financière très précaire non contestée du débiteur qui bénéficie du revenu

---

[1] CA Grenoble, Ch. com. 19 septembre 2013, n° 12/02331, *JCP E* 2014, n° 7, p. 1070, note C. Delattre.

[2] Article R. 651-6 du Code de commerce.

[3] Article L. 651-4, alinéa 1 et 2 du Code de commerce.

[4] O. Bouru *et al.,* « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? », *Rev. proc. coll.,* septembre 2009, n° 5, entretien 2.

[5] C. Delattre, « Les actes préparatoires à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif », *Rev. proc. coll.*, 2010, n° 1, étude 2, p. 14.

[6] M. Germain, « L'action en comblement du passif social, entre doit commun et droit spécial », *in* 1807-2007 le Code de commerce-Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, p. 243.

minimum d'insertion et d'un plan conventionnel de redressement dans le cadre de la commission de surendettement des particuliers[1].
Finalement, cette disposition fait primer la fonction normative[2] de la responsabilité sur la fonction réparatrice[3].

Il s'agit aussi de la possibilité d'ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants concernés. En conséquence, et contrairement aux voies d'exécution traditionnelles[4], il n'est pas nécessaire de démontrer que la créance est fondée en son principe, ni qu'elle est menacée en son recouvrement, ce qui rend la mesure particulièrement attractive[5]. Ces mesures sont prises afin d'éviter que les dirigeants n'organisent leur insolvabilité[6], notamment entre le temps où l'action est engagée et la procédure permettant de vérifier la surface financière du débiteur, qui est parfois très longue[7]. Donc, la mesure conservatoire répond aussi aux finalités des procédures collectives.

La responsabilité civile est donc un outil de défense de l'efficacité du droit des procédures collectives, dont l'effectivité passe par la défense de l'intérêt collectif des créanciers. Cette effectivité passe aussi par la défense de l'intérêt général.

---

[1] CA Toulouse, Ch. 2, Sect. 1, 9 septembre 2009, n° 08/00473.
[2] V., *infra* « L'influence de la responsabilité civile sur la procédure collective ».
[3] M. Germain, « L'action en comblement du passif social, entre doit commun et droit spécial », *in* 1807-2007 le Code de commerce-Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, p. 257.
[4] L'article L. 651-4 du Code de commerce, en ce qu'il déroge au droit commun des voies d'exécution issu de la loi du 9 juillet 1991, en permettant d'ordonner une mesure conservatoire utile ne viole pas la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. V., Cass., com. 31 mai 2011, rejet n° 10-18.472, *Rev. sociétés* 2011, p. 522, note Ph. Roussel Galle ; *JCP E* 2011, n° 42, p. 1737, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, comm.201, note A. Martin-Serf ; *Dr. sociétés* 2011, n° 11, comm.201, note J.-P. Legros.
[5] B. Lacoste, « Du comblement de passif à la responsabilité pour insuffisance d'actif – Retour sur dix ans d'application de la responsabilité pour insuffisance d'actif », *Cahiers de droit de l'entreprise* juillet 2016, n° 4, dossier 39. Pour une application pratique, v., Cass., com. 31 mai 2011, rejet n° 10-18.472, précité.
[6] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 921.38, p. 2603.
[7] O. Bouru *et al.,* « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? », *Rev. proc. coll.,* septembre 2009, n° 5, entretien 2.

Paragraphe 2 : L'efficacité par la participation à la défense de l'intérêt général

Les actions en responsabilité civile de la procédure collective, poursuivent une finalité qui n'est, *a priori*, pas la leur, celle de participer à la défense de l'intérêt général.
Cet intérêt, dans le droit des procédures collectives, est représenté par deux personnalités : le préfet (**A**) et le ministère public (**B**). L'un agit localement, l'autre possède une compétence générale.

A : L'intervention du préfet en droit des procédures collectives par le biais de la responsabilité civile

L'intervention du préfet peut être soit directe (**1**), soit indirecte (**2**). Dans une hypothèse, celle-ci est souhaitable (**3**).

1 : Une intervention directe

L'intervention du « représentant de l'État dans le département » en droit des procédures collectives est remarquable. Il tend à devenir, de plus en plus, un véritable acteur de la procédure collective[1].
Ainsi, il ne peut agir que dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif de la filiale. Cette action, définie à l'article L. 512-17 du Code de l'environnement prévoit que « lorsque l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce et qu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'Etat dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité ». Le préfet, vraisemblablement, devrait être, le personnage central de cette action, selon M. Le Corre[2], pour « aller chercher les fonds nécessaires à la réhabilitation du site[3] ».

---

[1] V., D. Voinot, « Cession de sites pollués », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 2, dossier 26.
[2] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 925.31, p. 2682.
[3] D. Voinot, « Cession de sites pollués », *op. cit*.

Cette intervention est justifiée, puisque le préfet est compétent en matière de police de l'environnement[1]. Ainsi, il peut obliger l'exploitant ou le propriétaire de l'exploitation à consigner entre les mains d'un comptable public une somme correspondant à l'estimation du montant des travaux à réaliser, laquelle sera restituée au fur et à mesure de leur exécution. Il peut aussi faire procéder d'office, aux frais de l'intéressé, à l'exécution des mesures prescrites[2]. En outre, les règles relatives à l'interdiction des poursuites individuelles et à la déclaration des créances, « ne font pas obstacle à ce que l'administration fasse usage de ses pouvoirs, notamment de police administrative, qui peuvent la conduire, dans les cas où la loi le prévoit, à mettre à la charge de particuliers ou d'entreprises, par voie de décision unilatérale, des sommes dues aux collectivités publiques[3] », de sorte que le préfet a pu, sur le fondement de la législation relative aux installations classées, ordonner la consignation d'une somme d'argent. Les prescriptions antérieures à l'ouverture de la procédure collective conservent donc leur effet exécutoire. Toutefois, cette solution n'est possible que si le débiteur est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, donc comme en l'espèce, en liquidation judiciaire où le liquidateur judiciaire est le destinataire des arrêtés préfectoraux[4]. Dans le cas contraire, l'entreprise reste seule débitrice par exemple de l'obligation de remise en état.

Finalement, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ne fait pas obstacle à la mise en œuvre des pouvoirs dont le préfet dispose en application de la législation sur les installations classées. Et l'obligation qu'ont les créanciers de déclarer leurs créances ne prive pas le préfet de sa faculté d'engager la procédure de consignation prévue par les dispositions. En d'autres termes l'insolvabilité ne permet pas à l'exploitant d'échapper à ses obligations au titre de la législation sur les installations classées. On voit poindre ici les limites de la politique juridique de la procédure collective, lorsqu'est en jeu un intérêt supérieur. Toutefois, un certain retour à l'équilibre est possible lorsque les mesures ordonnées par le préfet sont excessives au regard de l'importance réelle des nuisances causées et si elles sont susceptibles d'affecter la situation financière de l'entreprise[5].

---

[1] V., T. Montéran, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859.

[2] Article L. 216-1 du Code de l'environnement.

[3] CE. 3 décembre 2003, n° 236901, *Sté Podeval « Les innovations mécaniques »*, *RDI* 2004, p. 427, note F.-G. Trébulle ; *Environnement et développement durable* 2004, n° 3, comm.25, note P. Trouilly.

[4] V., B. Rolland, « Procédures collectives et sites contaminés », *Environnement et développement durable* 2006, n° 10, p. 16.

[5] CAA Douai, 25 mars 2010, n° 08DA01871, *SARL Vitse et SARL Devarem*, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, comm. 121, note J.-Ph. Ruffié.

2 : Une intervention indirecte

Face aux difficultés rencontrées par les entreprises, et dans un contexte économique incertain, la préservation des entreprises et des emplois doit être une grande cause nationale. Afin de rendre possible cette préservation a été mis en place en 2012 « une force de veille stratégique et de négociation, capable d'identifier les entreprises fragiles ou en danger, de faire émerger un projet industriel solide associant l'ensemble des partenaires commerciaux et financiers de l'entreprise si nécessaire de discuter avec les créanciers et investisseurs potentiels pour leur permettre de retrouver une situation viable pérennisant l'activité et la préservation de l'emploi[1] ». Or, un grand rôle est revenu au préfet, d'où la qualification d'indirecte de l'intervention, qui a proposé des personnes qu'il a estimé en mesure de mener à bien cette mission. Ce sont les commissaires au redressement productif, interlocuteurs privilégiés des entreprises en difficulté avec l'administration. Ces derniers coordonnent, sous son autorité, l'ensemble des actions de l'État et de tous les partenaires, ils doivent prendre toutes les initiatives qu'ils jugeront nécessaires pour prévenir les difficultés des entreprises. Ils ont pour mission, avec les comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises de moins de quatre cents salariés. Pour les entreprises de plus de quatre cents salariés, ils sont les correspondants au niveau régional du comité interministériel de restructuration industriel.

Le commissaire au redressement productif pourra en outre être entendu par le tribunal, s'il lui paraît utile, notamment dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif[2].

L'utilité, le rôle bénéfique et complémentaire, à l'intervention des acteurs de la procédure collective, du commissaire au redressement productif dans les défaillances d'entreprises est indéniable[3], ainsi, sur les 2769 entreprises accompagnés au cours de l'année 2015, 1054 sont sorties du dispositif, ce qui représente plus de 77.000 emplois sauvegardés[4].

---

[1] Circulaire de M. A. Montebourg, adressée le 14 juin 2012 à l'ensemble des préfets de régions.

[2] Article L. 662-3 *in fine* du Code de commerce. Il ne semble donc pas qu'il puisse être nommé contrôleur. *Contra* C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 293, p. 156.

[3] V., C. Delattre, « Le cadre d'intervention du commissaire au redressement productif », *BJE* 2014, n° 2, p. 130.

[4] V., Les commissaires au redressement productif – Rapport d'activité 2015.

3 : Une intervention souhaitée

Souvenons-nous des débats qui ont eu lieu à l'Assemblée nationale ou au Sénat et qui ont amené à l'adoption, rapide, de l'article L. 631-10-1 du Code de commerce, qui permet que soit ordonnées des mesures conservatoires dans le cadre d'une action en responsabilité exercée contre le dirigeant qui a contribué à la cessation des paiements de son entreprise, dont l'origine fut la situation de la société Petroplus Petit-Couronne. Quel député ou sénateur n'a pas donné un exemple d'entreprise, se situant dans son département, qui connaisse des difficultés.

Or, au sein des départements existent des centres d'informations sur la prévention des difficultés de financement des entreprises (CODEFI), dont les missions de détection et de traitement des difficultés, de diagnostic qui porte sur la situation économique départementale amènent à effectuer un diagnostic de la situation locale[1]. Si la saisine s'effectue par le dirigeant, les CODEFI sont placés sous l'autorité du préfet de département, qui prend les décisions relatives à l'octroi de financements publics, il peut aussi décider la réalisation d'audits visant à valider des éléments de la situation de l'entreprise, à établir une situation de trésorerie et un prévisionnel. En conséquence de quoi, très au fait de la situation économique dans son département, il nous paraît souhaitable, souhait d'autant plus motivé en ce que la responsabilité civile participe à l'efficacité du droit des procédures collectives par la défense de l'intérêt général, d'attribuer au préfet la qualité de demandeur à l'action en responsabilité pour cessation des paiements.

L'efficacité du droit des procédures collectives est effective du fait de l'utilisation de la responsabilité civile comme moyen de défense de l'intérêt général. Elle l'est par l'intervention du préfet, mais aussi, et surtout, par l'intervention du ministère public.

B : L'intervention du ministère public en droit des procédures collectives par le biais de la responsabilité civile

Le ministère public a vu son rôle s'accroître au long de l'évolution du droit des entreprises en difficulté (**1**), ses attributions (**2**) justifient sa compétence pour déclencher les

[1] Circulaire du 9 janvier 2015 relative aux modalités d'accueil et de traitement des dossiers des entreprises confrontées à des problèmes de financement.

actions en responsabilité de la liquidation judiciaire (**3**), mais l'exclut pour l'action en responsabilité prévue en redressement judicaire (**4**).

1 : Un rôle croissant

L'évolution paradoxale de l'intervention du ministère public. Face à au droit des faillites, à la distinction de l'homme et de l'entreprise, aux procédures collectives et à la prévention croissante des difficultés, les pouvoirs du ministère public n'ont pas régressé, au contraire, ce qui témoigne de la place laissée à l'intérêt général dans le droit des procédures collectives[1].

2 : Un rôle global

Une intervention généralisée. Le ministère public intervient, bien que n'étant pas partie[2], à tous les stades, pour toutes les procédures, du mandat *ad hoc*[3] à la liquidation judiciaire[4]. Ce large pouvoir d'initiative lui permet d'agir en opportunité et d'influencer l'orientation de la procédure et, partant, le destin de l'entreprise. Le ministère public est le principal promoteur des mesures d'assainissement et de répression[5].

Le ministère public, représentant de l'intérêt général. Selon M. Clément, alors Garde des Sceaux, la présence croissante du ministère public dans les procédures commerciales doit être conçue « comme la défense de l'intérêt général (…) et non comme un instrument destiné essentiellement à la recherche d'infractions pénales. La perception qu'ont les chefs d'entreprise du parquet dans cette matière se traduit encore beaucoup trop par la crainte et la méfiance. Ici encore, il convient de redonner confiance[6] ». Le ministère public ne

---

[1] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 340.11, p. 594.
[2] V., M.-J. Campana, « L'État et les entreprises en difficulté », *in La société civile,* PUF, p. 181.
[3] Cass., com. 11 octobre 2011, rejet n° 10-21.373, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 1, comm.1, note P. Cagnoli. La Cour de cassation justifia la possibilité pour le ministère public de désigner un mandataire *ad hoc,* par la mission de défense de l'ordre public qui lui est dévolue.
[4] Pour une étude détaillée de son intervention, v., C. Delattre, « L'intervention du ministère public dans la loi de sauvegarde (à jour des ordonnances du 12 mars 2014, du 26 septembre 2014 et du décret du 30 juin 2014) », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, p. 2.
[5] M.-H. Renaut, « La déconfiture du commerçant », *RTD com.* 2000, n° 3, p. 566.
[6] P. Clément, « Ouverture », *LPA* 2006, n° 54, p. 4.

représente donc pas, ou pas uniquement, l'intérêt collectif des créanciers mais plus généralement l'intérêt de l'ordre public ou « l'intérêt économique général[1] ».
Ses attributions de plus en plus larges tendent à démontrer que, dans les procédures collectives, les préoccupations d'intérêt général, d'ordre économique, social, politique, l'emportent de plus en plus sur les intérêts privés des créanciers[2].

3 : La compétence pour déclencher l'action en responsabilité de la liquidation judiciaire

Toutefois, en disant cela, un problème survient. Le ministère public est l'une des personnalités qui ont la faculté de déclencher les actions en responsabilité de la liquidation judiciaire, à savoir l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif[3] et l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif de la filiale[4]. Or, si son intervention au titre de la seconde se comprend aisément, les règles et principes attachés au respect du droit de l'environnement intéressent l'ordre public. Par contre, celle pour l'action spécifique au code de commerce ne se justifie pas, du moins juridiquement. En effet, nous savons que cette action peut être intentée soit par le liquidateur, soit, en cas de carence, par la majorité des contrôleurs. Jusqu'ici pas de difficultés, ils représentent tous deux l'intérêt collectif des créanciers. Mais peut-on en dire autant du ministère public ? La réponse ne peut être que négative. Par sa mission de défense de l'intérêt général dans le respect des libertés individuelles, le ministère public n'a pas, *a priori*, vocation à s'immiscer au nom de la société dont il est le représentant dans les rapports de droit privé et les conflits d'intérêts opposant des parties[5]. Comment dès lors justifier cette cotitularité légale pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ? Comment justifier qu'une personne représente un intérêt privé et qu'une autre représente l'intérêt général, donc que deux fondements différents puissent aboutir à une seule et même action ? Sauf à considérer que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif soit une action répressive, ce qui n'est évidemment pas le cas, on peine à justifier juridiquement cette intervention.

---

[1] Expression empruntée à M.-J. Campana, « L'État et les entreprises en difficulté », *in La société civile,* PUF, p. 181.
[2] V., M.-H. Renaut, « La déconfiture du commerçant », *RTD com.* 2000, n° 3, p. 567.
[3] Article L. 651-3 du Code de commerce.
[4] Article L. 512-17 du Code de l'environnement.
[5] V., N. Fricero, « La ministère public, partie principale et partie jointe », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2015, n° 5, dossier 37.

Sans doute est-il vain de le faire. Le ministère public assure la régulation des activités lorsque le dirigeant « a adopté un comportement économiquement gravement défaillant[1] ». Cette justification provient, selon nous, du souci de toujours agir pour la politique juridique de la procédure collective. Comme la responsabilité civile tend à défendre son efficacité, elle est utilisée par elle. Or, cette utilisation implique sa mise au service des finalités des procédures collectives. La responsabilité civile et le ministère public, puisqu'ils poursuivent la même finalité, ils doivent agir conjointement pour atteindre cet objectif d'efficacité.

4 : L'incompétence pour déclencher l'action en responsabilité du redressement judiciaire

Exclusion du ministère public de l'action en responsabilité pour cessation des paiements. Comment expliquer le fait qu'il ne puisse pas agir sur le fondement de l'article L. 631-10-1 du Code de commerce, alors qu'il peut demander l'ouverture du redressement judiciaire[2] ? Selon nous, la réponse réside dans la différence entre les finalités attachées au redressement judiciaire, pour lequel la poursuite de l'activité induirait une implication moindre de l'outil de défense de l'intérêt général, par rapport à la liquidation judiciaire, qui organise la fin de cette activité. On pourrait donc en déduire que les fautes du dirigeant dans le cadre de la poursuite de l'activité n'intéressent pas l'ordre public économique, sauf à ce que le redressement judiciaire soit converti en liquidation. Ce faisant, une hiérarchie, en terme de gravité des répercussions, entre la procédure de redressement et celle de liquidation judiciaire, lorsqu'une action en responsabilité est ouverte, justifierait l'inaction du ministère public dans la première. Ce qui est critiquable. Dès lors que l'intérêt général intéresse toutes les procédures et l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, qui est susceptible d'être ouverte si le redressement est converti en liquidation judiciaire, le ministère public devrait pouvoir saisir le tribunal pour introduire une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements, et demander le cas échéant que soit ordonnée une mesure conservatoire utile. A tout le moins, comme nous l'avons envisagé, le préfet devrait être compétent pour saisir le tribunal sur ce fondement.

[1] N. Fricero, « La ministère public, partie principale et partie jointe », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2015, n° 5, dossier 37.
[2] Article L. 631-35 du Code de commerce.

Conclusion du chapitre

Aux procédures collectives préventives, curatives ou de rétablissement, sont assignées des finalités spécifiques et pour chacune des procédures de traitement est associée une action en responsabilité. Or, si une action en responsabilité spéciale existe lorsqu'il doit être mis fin à l'activité ou pour permettre la poursuite de l'activité, à quand une action en responsabilité lorsque des fautes ont contribué à la désorganisation de l'entreprise ? Tant que la sauvegarde restera une procédure volontariste, il serait contreproductif de créer une telle action, d'autant que le droit commun de la responsabilité civile y pourvoit sans créer d'atteinte sa finalité.

Ainsi, les finalités de la procédure collective, si elles ne changent pas, elles évoluent dans le sens d'un rééquilibrage entre les droits des créanciers et des débiteurs. Rééquilibrage qui induit une finalité économique aux procédures collectives mise en évidence par la nécessité d'accélérer la liquidation judiciaire ou de la clôturer rapidement et efficacement pour permettre le réinvestissement. Or, de ces finalités, de leur efficacité, découle la politique juridique de la procédure collective.

La recherche de ces finalités nécessite l'intervention de professionnels. Qu'ils soient tiers ou acteurs de la procédure collective, tous participent à sa politique juridique. Ils ne peuvent, sans engager leur responsabilité, compromettre les finalités juridiques des procédures collectives. Autrement dit, les actions en responsabilité dirigée à leur encontre, parce qu'elles participent à son efficacité, seront utilisées pour la défendre. En effet, la preuve de cette utilisation réside dans son évolution puisqu'elle tend à défendre, non plus l'intérêt individuel de la victime, mais un double intérêt. D'une part, l'intérêt collectif des créanciers et d'autre part l'intérêt général.

Au titre de l'intérêt collectif, les contrôleurs pourront agir pour sa en cas d'inaction du mandataire de justice, dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Ils sont donc, comme les professionnels, garants de la politique juridique de la procédure collective, en ce qu'ils participent à son efficacité. En outre, dès lors qu'ils subissent un préjudice collectif, les créanciers peuvent se le voir réparer sur le fondement de cette action. Or, la réparation destinée à la collectivité des créanciers met en évidence une fonction de financement attachée à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Cette fonction participe pleinement à la recherche des finalités et à l'efficacité de la liquidation judiciaire. Ce rôle s'accroit par la possibilité laissée au juge de réparer ou non l'insuffisance d'actif. D'où une situation quelque peu paradoxale pour laquelle la recherche de l'efficacité du droit des

procédures collectives par l'intermédiaire de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif prive cette action d'efficacité au titre de la réparation. Donc finalement, pour être efficace, le droit des procédures collectives implique nécessairement l'inefficacité de la fonction réparatrice de la responsabilité civile.

Au titre de l'intérêt général, deux personnalités distinctes sont impliquées dans la procédure collective à des degrés différents. Le premier est le préfet, il intervient de façon plus ou moins directe, dans l'efficacité du droit des procédures collectives. Le second intervenant est le ministère public. Ses prérogatives diffèrent de celles du préfet. Là où ce dernier est le dépositaire de l'autorité de l'État dans le département, effectuant une mission de service public et titulaire de pouvoirs de police générale et spéciale ; le ministère public appartient à une juridiction ; il y représente l'État. Or, en matière commerciale, le ministère public rappelle le cadre légal et veille aux intérêts en présence. À ce titre, il est considéré comme le garant de l'ordre public économique[1], ce qui tend à prouver que la recherche des finalités des procédures collectives et l'intérêt général ne sont pas incompatibles, au contraire il ne faut pas circonscrire ces finalités à la satisfaction d'intérêts privés. Il est donc évident que la politique juridique de la procédure collective intéresse l'ordre public.

En conséquence, la responsabilité civile, en tant qu'outil de la politique juridique de la procédure collective participe à la défense de son efficacité et, partant, vue l'évolution de la législation récente, est mise au service de ses finalités.

Parce que l'utilisation de la responsabilité civile est cohérente, elle sera également mise au service du régime de la procédure collective.

[1] V., C. Delattre, « Le cadre d'intervention du commissaire au redressement productif », *BJE* 2014, n° 2, p. 130.

Chapitre 2 : Un outil au service du régime de la procédure collective

La cohérence de l'utilisation de la responsabilité civile implique aussi sa mise au service du régime de la procédure collective. C'est à dire son déclenchement, déroulement et dénouement. Afin de mettre en évidence cette utilisation, nous appréhenderons la responsabilité civile du côté du débiteur (**Section 1**), ce qui nous conduira à envisager ses conséquences matérielles (**Section 2**).

Section 1 : L'appréhension subjective de la responsabilité

La procédure collective, carrefour de personnalités. Les relations de personnes sont au cœur des procédures collectives et en constituent un des éléments.

Elles correspondent au cœur même de sa définition puisque la notion de collectif, de discipline collective, est imposée à une certaine catégorie de personne avec pour arrière pensée le nécessaire respect d'un ordre.

Mais, les procédures collectives sont difficiles à appréhender puisqu'elles tendent à concilier des intérêts contradictoires, même si les réformes récentes tendent à restaurer une certaine sérénité, notamment en rééquilibrant les pouvoirs et en donnant la priorité à l'efficacité du droit des procédures collectives. Ainsi, l'ordonnance du 12 mars 2014 permet aux créanciers de détenir un pouvoir plus important, citons à titre d'exemple l'article L. 626-30-2 du Code de commerce qui permet aux créanciers d'élaborer un projet de plan ; ou encore l'article L. 622-22, alinéa second, qui oblige le débiteur à informer le créancier poursuivant de l'ouverture d'une procédure collective à son encontre dans un délai de dix jours, sous peine de commettre une faute. La loi du 6 août 2015, tend de son côté à renforcer l'efficacité des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire, de rétablissement professionnel et de liquidation judiciaire[1]. En pratique, l'article L. 631-19-2 prévoit deux mécanismes possibles d'éviction des associés et actionnaires, soit une expropriation par la cession forcée de leurs droits, soit une modification de capital.

Or, comme les personnes s'insèrent dans cet ordre que constitue la procédure collective et le subisse, il faut que cet ordre utilise un outil pour régler et réguler les conflits susceptibles de

[1] Intitulé de la section III de la loi.

naître entre ces personnes. Si l'on se place uniquement du côté du dirigeant, la responsabilité civile sera utilisée différemment selon qu'il aura subi un dommage (**Paragraphe 1**) ou commis une faute (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le dirigeant victime d'un dommage

Les situations dans lesquelles le dirigeant est victime d'un dommage alors qu'il est soumis ou non à une procédure collective ne sont pas rares. Afin de répondre correctement à cette question, il faut selon nous distinguer deux situations.
D'abord celle où une procédure collective n'a pas encore été ouverte, mais dont le préjudice subi par le dirigeant sera de nature à l'y conduire (**A**).
Ensuite, lorsqu'une procédure collective est ouverte, l'aptitude du débiteur à exercer une action en responsabilité variera en fonction du type de procédure et des pouvoirs qu'il détient sur son patrimoine (**B**).

A : Le dommage antérieur de nature à conduire à l'ouverture d'une procédure collective

Application du droit commun de la responsabilité. Lorsque l'on évoque ce type de préjudice, la procédure collective qui n'est pas ouverte n'aura pas d'effet sur l'exercice de l'action, qui répondra donc aux conditions du droit commun. Il sera alors nécessaire pour le débiteur d'apporter la preuve d'une faute, d'un dommage et du lien de causalité. La faute et le dommage, inhérent à cette faute qui sera, bien souvent, une perte de chance, ne semblent pas soulever de difficultés, par contre il lui faudra établir le lien entre la faute subie et, par exemple, la cessation des paiements. Ce qui là, est loin d'être évident, les difficultés d'une entreprise ayant souvent d'autres causes que l'acte fautif d'un tiers, quant à l'état de cessation des paiements il regroupe normalement, si on peut parler de normalité à propos de l'ouverture d'une procédure collective, des causes qui sont internes à l'entreprise. En effet, comme le montre M. Crédot, « ce sont les paramètres patrimoniaux et économiques d'une entreprise qui expliquent en règle générale les raisons de sa défaillance[1] », tel le défaut de rentabilité, le déséquilibre des structures financières, le manque d'expérience dans le domaine de la gestion

[1] F.-J. Crédot, « La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires », *in Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, p. 65.

et de la comptabilité, la perte d'un marché, la défaillance d'un client, la sous capitalisation chronique, les ruptures de trésorerie, les investissements mal financés, etc.[1].

Précisons qu'il ne sera pas question ici des causes intrinsèques à l'entreprise, car en vertu de l'adage *nemo auditur* le débiteur ne pourra invoquer sa propre faute pour réclamer réparation. La logique nous conduit alors à raisonner de façon pragmatique, et les situations susceptibles de conduire à l'ouverture d'une procédure collective concernent généralement le fait du créancier dans sa relation avec le débiteur (**1**). Elles peuvent concerner aussi, mais plus rarement, ce qui rend l'étude de la chose d'autant plus intéressante, la mise en cause du professionnel de justice (**2**), voire l'État (**3**).

1 : Le fait du créancier

La rupture brutale du concours bancaire. Cette question fera l'objet d'un développement particulier[2], nous nous bornerons simplement à en dire quelques mots. Lorsque la rupture d'un concours bancaire intervient sur le fondement de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier, la responsabilité contractuelle du prêteur peut être engagée du fait de la brutalité de la rupture. Pour savoir si celle-ci est à l'origine de la défaillance de l'entreprise, il faudra s'intéresser sur les causes réelles de l'état de cessation des paiements de l'entreprise, car la faute de la banque sera mise en évidence par le caractère brutal de la rupture, lui-même induit par l'absence de préavis.

La rupture de la relation commerciale établie. Principal instrument de sanction de la rupture du contrat[3], son cadre économique de réglementation est situé au 5° du I de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Alors, engage la responsabilité de son auteur le fait « de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels ». Nous ne nous égarerons pas à entrer dans les détails de ce qui caractérise la rupture brutale, ce n'est pas le propos ici[4]. Retenons simplement que, le

---

[1] V., l'ouvrage dirigé par P. Cléon, *Gestion de la PME – Guide pratique du chef d'entreprise et de son conseil*, EFL, 2015-2016.

[2] V., *infra* « La rupture du concours bancaire aux entreprises en difficulté ».

[3] V., D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Dalloz, coll. Sirey, Université, 22e éd., n° 672, p. 351.

[4] Nous renvoyons le lecteur à l'ouvrage précité, ainsi qu'aux articles de A. de Brosses, « La rupture fautive de relations », *D. et patrim.* Juin 2003, n° 116, p. 50 ; S. Petit, « La rupture

dirigeant[1] victime peut intenter une action en réparation de son préjudice, sur ce fondement sans avoir à prouver que la rupture est en lien avec ses difficultés, voire avec l'ouverture d'une procédure collective. Il devra néanmoins apporter la preuve que son préjudice est dû au caractère brutal de la rupture[2]. Ainsi[3], une société A a averti en octobre 2005 la société B de la cessation de leurs relations contractuelles à l'issue d'un préavis de quinze mois. Or, en septembre 2006, une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte à l'encontre de B. Un mandataire judiciaire ayant été nommé, il a assigné la société A devant le tribunal de commerce, qui a désigné un expert dont la mission fut de déterminer le chiffre d'affaires réalisés par la société B durant les 3 exercices précédents la rupture de la relation commerciale. Le tribunal, dans son jugement condamna la société A à payer au mandataire la somme de 400.000 euros. Ce dernier interjeta appel. S'il conteste les conclusions de l'expert et demande à la Cour de revaloriser la créance de dommages et intérêts, il estime surtout que la liquidation de la société B est due à la rupture brutale par la société A de leurs relations commerciales. C'est pourquoi il réclame à A l'indemnisation du passif de B et de la perte de son fonds de commerce. Or, selon la cour d'appel de Paris « il ne peut être fait droit à la demande subsidiaire de B tendant à la condamnation de A à prendre en charge l'intégralité de son passif, au motif que la liquidation judiciaire est la conséquence directe de la rupture brutale des relations commerciales ». En conséquence, « si la rupture des relations commerciales avec A a contribué à la mise en liquidation judiciaire de B, le lien de causalité entre la brutalité de la rupture et la procédure collective n'est pas suffisamment établi et il n'est pas possible de faire supporter par A l'intégralité du passif de B, de sorte que les premiers juges ont justement rejeté cette demande ».

Dès lors, une question survient, la créance de dommages et intérêts susceptible d'en résulter peut-elle se compenser avec une créance contractuelle déclarée au passif ? Question ô combien importante en pratique car elle se pose après l'ouverture d'une procédure collective, et serait donc susceptible d'être soumise aux dispositions de l'article L. 622-7 du Code de

---

abusive des relations commerciales », *LPA* septembre 2008, n° 188, p. 33 ; B. Saintourens, « La notion de rupture brutale de la relation commerciale », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2014, n° 1, dossier 3 et J.-L. Fourgoux, « Panorama de la rupture brutale des relations commerciales », *AJCA* 2015, p. 19.

[1] Notons que l'auteur de la rupture répond de son comportement à l'égard tant de la victime directe que du tiers à la relation, de telle sorte que le préjudice par ricochet qui résulte d'une rupture brutale est réparable. V., Cass., com. 6 septembre 2011, rejet n° 10-11.975, *D.* 2011, p. 2961, note Y. Serra et 2012, p. 577, note D. Ferrier ; *RTD civ.* 2011, p. 763, note B. Fages ; *JCP E* 2011, n° 45, p. 1788, note D. de Lammerville ; *CCC* 2011, n° 12, comm.258, note N. Mathey ; *RLDC* janvier 2012, n° 89, p. 7.

[2] D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.,* n° 672, p. 353.

[3] CA Paris, Pôle 5, Ch. 5, 16 juin 2011, n° 09/28449.

commerce, lequel dispose que « le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes ». Or, la Haute juridiction retient une conception stricte de la connexité. En effet selon les juges, elle ne peut jouer entre une créance née de l'exécution d'un contrat et celle ayant sa source dans un délit[1]. Cette solution nous semble parfaitement cohérente au regard de la finalité de la procédure collective.
Enfin, il sera possible pour l'auteur de la rupture d'engager sa responsabilité civile délictuelle, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, à l'égard du dirigeant tiers au contrat.

La concurrence déloyale. Le dirigeant[2] peut aussi être protégé par l'effet de l'action en concurrence déloyale. D'origine prétorienne, fondée sur l'ancien article 1382 du Code civil[3], cette action n'a pas seulement pour but de protéger l'entreprise concurrente, elle permet également « le maintien d'une concurrence saine et efficace[4] ». À ce titre, les actes qui auront concouru aux difficultés d'une entreprise devraient pouvoir faire l'objet d'une condamnation. Nous employons le conditionnel car, à notre connaissance, aucune décision jurisprudentielle n'a encore été rendue à ce propos. Quoi qu'il en soit, il faudra, si tel devait être le cas, qualifier le comportement de déloyal. En effet, il existe cinq catégories de situation dans lesquelles un comportement pourra être sanctionné[5]. La recherche d'une confusion avec l'entreprise ou les produits concurrents, peut résulter de l'utilisation de signes distinctifs d'une entreprise concurrente, elle peut être recherchée par une imitation des produits et créations du concurrent, par imitation des emballages, enfin elle sera sanctionnable si elle concerne les documents publicitaires, les slogans… Ensuite la déloyauté peut provenir de la désorganisation générale du marché. Sera alors condamné celui qui utilise des méthodes commerciales de nature à nuire à une profession prise dans son ensemble. Ensuite sera également considéré comme déloyal l'acte de parasitisme, c'est à dire « l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir faire[6] ».

---

[1] Cass., com. 18 décembre 2012, rejet n° 11-17.872, *D.* 10 janvier 2013, note A. Lienhard ; *JCP G* 2013, n° 35, p. 897, note G. Loiseau ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 2, alerte 16 ; *CCC* 2013, n° 3, comm. 56, note N. Mathey.
[2] Notons que la déloyauté de la concurrence n'est pas qu'entre concurrents directs. V., Cass., com. 3 mai 2016, cassation n° 14-24.905.
[3] V., S. Piedelièvre, *Droit commercial*, Dalloz, coll. Cours dalloz, série Droit privé, 10e éd., n° 333, p. 327 et 340, p. 334 et 335.
[4] D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.,* n° 634, p. 331.
[5] V., D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, n° 635 et s., p. 332 et s.
[6] Cass., com. 21 janvier 1999, rejet n° 96-22.457, *D.* 2000, p. 87 note Y. Serra.

À ce titre, deux formes de parasitisme sont sanctionnées : la concurrence parasitaire et les agissements parasitaires. Ensuite, le dénigrement du concurrent ou de ses produits est susceptible de causer un préjudice réparable sur le fondement de l'action en concurrence déloyale. Ainsi, le dirigeant pourrait se prévaloir du fait d'actes de concurrence déloyale ayant entraîné la perte de sa clientèle, constitués par diverses publications au profit d'entreprises concurrentes[1], pour rechercher la responsabilité du défendeur. Enfin, les faits constitutifs de désorganisation interne de l'entreprise concurrente sont sanctionnés. Ceux-ci concernent généralement le détournement de clientèle et le débauchage de personnel.

Or, lors d'une affaire portée devant la cour d'appel de Pau[2], le demandeur soutenait avoir subi des faits de concurrence déloyale portant sur la désorganisation de l'entreprise, caractérisés par : la rétention d'information, le débauchage massif du personnel, le détournement de chèques clients, la pollution des boîtes e-mail, l'usage abusif de la qualité de salarié et le détournement de clientèle. Chaque fait fut débattu devant les juges du fond, qui ne retinrent finalement pas la responsabilité sur le fondement de l'action en concurrence déloyale. Mais, ce qui est intéressant c'est le préjudice invoqué par le demandeur. Selon ce dernier, les faits évoqués ci-dessus auraient entrainé la désorganisation de la société et l'effondrement de son chiffre d'affaires. Il semblait vouloir lier la déloyauté dans la concurrence à ses difficultés financières. Nous ne doutons pas qu'un comportement déloyal puisse être à l'origine de difficultés de nature à « compromettre la continuité de l'exploitation », pour reprendre les termes des articles L. 611-2 et L. 612-3 du Code de commerce.

Peut-être faudrait-il alors imaginer un nouveau comportement déloyal sanctionnable, dont la nature des faits serait susceptible de compromettre la continuité de l'exploitation. Il reviendra au demandeur de prouver que celui-ci a contribué à la cessation des paiements ou à l'insuffisance d'actif.

Mais ce n'est pas la solution que semble retenir la Cour de cassation dans un arrêt rendu en septembre 2015[3]. En effet, un ancien salarié et un ancien cogérant et associé d'une société A avaient créé leur propre société B. Des faits de détournement des principaux clients de la société A, représentant les deux-tiers de son chiffre d'affaires, ont alors été révélés. Ce qui a conduit à la rupture des relations commerciales avec la société A au cours du premier

---

[1] Cass., com. 11 juillet 1988, rejet n° 87-11.408.

[2] CA Pau, Ch. 2, sect.1, 31 mars 2008, n° 06/03783.

[3] Cass., com. 29 septembre 2015, cassation n° 13-27.587, *D.* 2015, p. 2005, note A. Lienhard et p. 2205, note S. Tréard ; *Rev. sociétés* 2016, p. 287, note E. Schlumberger ; *JCP E* 2015, n° 42, act. 783 ; *Dr. sociétés* 2016, n° 4, comm. 66, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 1, comm. 15, note F. Reille ; *CCC* 2015, n° 12, comm. 277, note M. Malaurie-Vignal ; *Act. proc. coll.* 2015, n° 18, alerte 187, note J.-C. Pagnucco.

semestre 2010. Cette dernière, en août 2010 fut placée en liquidation judiciaire. La Haute juridiction approuva les juges du fond d'avoir qualifié ces faits de concurrence déloyale et d'avoir condamné la société B à verser au liquidateur et à son gérant la somme de 150.000 euros[1]. Elle met en évidence les faits constitutifs de détournement qui ont causé la désorganisation de l'entreprise et une confusion dans l'esprit de ses partenaires commerciaux. Or, le premier moyen au pourvoi formé par le gérant de la société B, mettait en évidence la nécessité d'apporter la preuve que la mise en liquidation judiciaire de la société A n'aurait pu intervenir sans la commission de ces pratiques. Ce moyen est rejeté. Le seul fait qu'elles lui aient porté préjudice par une importante déperdition de chiffre d'affaires apparaissant suffisant.

Donc, la seule caractérisation du préjudice lié à l'ouverture d'une procédure collective, suffirait à retenir la qualification de concurrence déloyale, par la désorganisation interne. Il n'est point nécessaire d'apporter la preuve que celle-ci a causé celle-là.

2 : Le fait dommageable de la procédure collective

L'ouverture d'une procédure collective : un dommage réparable ? Nous avons vu précédemment l'hypothèse dans laquelle le dirigeant, qui a subi un dommage, n'est pas encore soumis à une procédure collective. Dans ce cas, pas de doute, le droit commun de la responsabilité civile s'applique. En tout état de cause, ces hypothèses sont exclusives du droit des procédures collectives. Le jugement d'ouverture semble jouer ici le rôle d'un répartiteur entre le droit de la responsabilité civile et celui des procédures collectives.

Imaginons maintenant le cas d'un commerçant, retiré des affaires mais qui pour autant ne l'est pas du registre du commerce et des sociétés. Est-il soumis au droit des procédures collectives ? Si la réponse est positive, la personne dont la faute a contribué à l'ouverture d'une procédure collective est-elle tenue à réparation ?

C'est à ces deux questions que nous allons répondre ici.

De l'immatriculation à l'exercice d'une activité. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le critère de la qualité du débiteur personne physique ne dépend plus de son immatriculation à un registre du commerce et des sociétés, mais de l'exercice « d'une activité », de sorte qu'a *priori* le critère d'immatriculation n'est plus un critère d'ouverture

[1] C'est sur ce point qu'est cassé l'arrêt d'appel. V., *infra* « Les actions soumises au dessaisissement ».

d'une procédure collective. Donc, une personne qui n'exerce plus d'activité mais qui demeure immatriculée au registre du commerce et des sociétés ne devrait pas pouvoir être soumise au Livre VI du Code de commerce.

Or, l'article L. 123-7 du Code de commerce pose une présomption simple de la qualité de commerçant à la personne physique immatriculée au registre du commerce et des sociétés (ci-après RCS) et, selon l'article L. 121-1 du même code, les commerçants sont ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. Le débiteur qui est présumé avoir la qualité de commerçant du fait de son immatriculation au RCS, sera alors réputé exercer une activité commerciale, ce qui conduit à l'applicabilité du droit des procédures collectives[1].

Ainsi, il a pu être jugé que « celui qui donne son fonds en location gérance et qui demeure inscrit au registre du commerce et des sociétés est présumé avoir la qualité de commerçant, rendant irrecevable toute demande de traitement de sa situation de surendettement[2] ».

S'agissant de la cessation d'activité, l'article L. 631-3, alinéa 1er, du Code de commerce et l'article L. 640-3 autorise le placement du débiteur retiré des affaires en redressement ou en liquidation judiciaire. Une seule condition est requise, il faut que « tout ou partie de leur passif provient de cette dernière (ancienne activité) ». Il faut voir dans cette possibilité « une faveur résiduelle[3] » attachée à l'ancienne qualité de l'exploitant, dont il peut user sans y être tenu ; ainsi qu'une justification pour le juge de contrôler que ce passif provient bien d'une activité professionnelle, non d'une dette privée. Dans ce cas, le débiteur relèvera du surendettement[4].

Lorsque la saisine, pour l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judicaire[5], émane d'un créancier, celui-ci doit l'exercer dans un délai d'un an à compter de la radiation du registre du commerce et des sociétés. Toutefois, aucun délai n'est requis, lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, pour le tribunal saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire.

---

[1] Pour la conciliation, v., l'article L. 611-4 du Code de commerce ; pour la sauvegarde l'article L. 620-2 ; pour le redressement judiciaire l'article L. 631-2 et pour la liquidation judicaire l'article L. 640-2.

[2] Cass., com. 17 février 2015, rejet n° 13-27.508, *RTD com.* 2015, p. 227, note B. Saintourens ; *D.* 2015, p. 487 ; *D.* 2 mars 2015, note V. Avena-Robardet ; *BJE* 2015, n° 4, p. 221, note B. Thullier ; *Gaz. Pal.* 2015,n° 141, p. 14, note E. Mouial-Bassilana ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 5, comm.133, note S. Gjidara-Decaix ; *JCP E* 2015, n° 27, p. 1326, note B. Brignon ; *RD banc. et fin.* 2015, n° 3, comm.99, note S. Piedelièvre ; *Act. proc. coll*. 2015, n° 6, alerte 83, note F. Petit ; *JCP N* 2015, n° 12, act. 389.

[3] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 297, p. 152.

[4] Cass., com. 17 février 2015, rejet n° 13-27.508, précité.

[5] Articles L. 631-5, alinéa 2, 1° et L. 640-5, alinéa 2, 1° du Code de commerce.

Donc, à la première question nous pouvons répondre par la positive, le commerçant retiré des affaires, mais non radié de ce registre peut être éligible à l'ouverture d'une procédure collective.

Responsabilité du tiers ayant causé l'ouverture d'une procédure collective. Le commerçant retiré, mais non radié du RCS à cause d'un tiers, peut-il rechercher sa responsabilité si ce fait a provoqué l'ouverture d'une procédure collective ?
En principe, en vertu de l'article R. 123-129 du Code de commerce, est radié d'office tout commerçant « au terme du délai d'un an après la mention au registre de la cessation totale de son activité ». Mais encore faut-il que le registre fasse mention de la cessation d'activité. Or, la tenue du registre relève des attributions du greffier, et partant sa radiation.[1].
Donc, « un greffier de tribunal de commerce engage sa responsabilité du fait du préjudice lié à l'enregistrement tardif de la cessation d'activité et de la radiation du registre du commerce d'un entrepreneur individuel. Le préjudice peut consister dans la perte d'une chance d'échapper à une procédure collective[2] ». En l'espèce, une antiquaire avait déclaré la cessation de son activité le 17 décembre 1999, elle n'a été prise en compte par le greffier que deux années plus tard entrainant l'ouverture, l'arrêt garde le silence sur le demandeur, à son encontre d'une procédure de redressement judiciaire. Elle engagea alors la responsabilité civile du greffier sur le fondement du droit commun de l'article 1382 du Code civil.
Sa faute retenue, restait à évaluer le préjudice et à établir le lien de causalité.

Sur le préjudice. S'il relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, il s'agissait de celui découlant de la procédure collective. Or, l'amélioration du sort du débiteur soumis à une procédure collective peut faire douter qu'un tel préjudice puisse exister[3]. Pourtant, un débiteur peut se plaindre de l'ouverture d'une procédure collective et cet arrêt en témoigne. Reste que son évaluation peut poser des difficultés. En l'espèce, la Cour d'appel a alloué à la demanderesse la somme de 9 550 euros à titre de dommages-intérêts en réparation de son préjudice matériel, le limitant au passif, aux frais de procédure et aux frais d'avocats, rejetant la demande de prise en compte de son préjudice moral. Or, sans doute aurait-il mieux valu intégrer dans la perte de chance de l'ouverture d'une procédure collective, le préjudice moral inhérent à la continuité de l'entreprise si celle-ci redevient *in bonis*, ce que soulevait

[1] Articles 123-6 et R. 123-32 du Code de commerce.
[2] Cass., com. 10 mai 2012, cassation n° 11-13.796, *LEDEN* 2012, n° 6, p. 4, note T. Favario ; *Bull. Joly* 2012, n° 9, p. 637, note N. Pelletier.
[3] V., F.-X. Lucas, « Le sort du débiteur », *LPA* 2007, n° 119, p. 60.

d'ailleurs le moyen. En effet, la demanderesse évoquait pour son entreprise « atteinte dans sa réputation pour avoir été intempestivement placée en redressement judiciaire ». Et, comme le préconise M. Pelletier, « tenir compte de toutes les relations d'affaires et du temps qu'il faudra pour rétablir la confiance avec les partenaires de l'entreprise[1] ». Toutefois, si la Cour d'appel a omis de statuer sur le préjudice moral susceptible de résulter de l'ouverture d'une procédure collective, le moyen est rejeté par les juges suprêmes car « l'omission de statuer pouvant être réparée par la procédure prévue par l'article 463 du code de procédure civile ».

Sur le lien de causalité. Il revient à se demander dans quelle mesure la faute du greffier a contribué à l'ouverture de la procédure collective. Nous l'avons vu, le Code de commerce autorise l'ouverture d'une procédure collective, pour le dirigeant ayant cessé son activité. Or, l'ouverture de la procédure collective semble n'avoir été causé que de manière indirecte par la faute du greffier. D'autant plus que le redressement judiciaire fut ouvert le 23 mai 2002, c'est à dire six mois après que la cessation d'activité ait été prise en compte par le greffe, ce qui implique qu'il a pu l'être autant par le ministère public que par le créancier. Quoi qu'il en soit, si l'on se place du côté du créancier, c'est bien le retard du greffier qui a différé le point de départ du délai de forclusion légal, et donc étendu artificiellement la possibilité pour le débiteur d'être justiciable d'une procédure collective, causant la perte de chance. Il semble donc que la faute du greffier soit considérée comme une cause assez éloignée mais à l'origine du dommage et « que les événements qui se sont enchainés en aval constituent eux-mêmes en des défectuosités qui, chacune, explique la suivante[2] ».

La procédure collective peut s'analyser comme un fait dommageable qui peut permettre d'obtenir une réparation.

3 : La mise en cause de l'autorité publique

Au titre de la mise en cause de l'autorité publique, nous étudierons successivement la décision d'une autorité administrative (**a**) et le fait de la loi (**b**)

---

[1] N. Pelletier, « La responsabilité du greffier dont la faute a contribué à l'ouverture d'une procédure collective », note sous Cass., com. 10 mai 2012, cassation n° 11-13.796, précité.
[2] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 241, p. 161. Il s'agirait alors d'une application pratique de la théorie de l'empreinte continue du mal. *Op. cit.* n° 239, p. 160.

a : La prise en compte de l'incidence d'une décision émanant d'une autorité administrative sur la situation financière d'une entreprise

Les conditions nécessaires à la mise en jeu de la responsabilité de l'autorité administrative en raison de l'illégalité fautive d'une mesure, demeurent, comme pour le droit privé de la responsabilité civile, dans la caractérisation d'un préjudice, matériel ou moral, et du lien de causalité direct entre la mesure et le préjudice[1].
Conditions rappelées dans une décision de la cour administrative d'appel de Douai de 2010[2].

Les faits. En l'espèce, le tribunal administratif de Lille avait rejeté la demande d'une société soumise à la législation sur les installations classées tendant à l'annulation des décisions du préfet, prises en août 2005 et mai 2007, lui imposant un arrêt d'exploitation et des prescriptions spéciales afin de limiter les inconvénients générés par son exploitation. Ayant dû suspendre son activité d'installation du traitement et de recyclage de matériaux, le demandeur réclama des dommages et intérêts. Sa demande concerne à titre principal, l'annulation des décisions du préfet et à titre subsidiaire la modification de sa décision lui imposant des prescriptions complémentaires. Selon le demandeur, la mesure de suspension présente un caractère disproportionné dès lors qu'en mai 2007, « l'exploitation a dû être interrompue, le site a été fermé et elle a subi un préjudice commercial important ». Puis, en juillet 2009, « le respect total des prescriptions a entraîné un effondrement de l'activité de la plate forme, une procédure de redressement judiciaire est en cours et il y a un risque sérieux de mise en liquidation en l'absence de reprise d'un niveau d'activité acceptable ».

L'arrêt d'appel. Pour la cour administrative d'appel de Douai, les mesures ordonnées par le préfet sont excessives au regard de l'importance réelle des nuisances causées par les installations concernées « et sont susceptibles d'affecter la situation financière des sociétés requérantes », d'où la caractérisation de la disproportion des mesures.

Causalité établie entre les mesures prises par le préfet et les difficultés financières. Cette décision annule donc un arrêté préfectoral de suspension car elle reconnaît un lien de causalité entre la mesure et les difficultés économiques subies par une entreprise, sachant qu'elle aurait pu, si une telle demande avait été soulevée d'allouer des dommages et

[1] CE. 1re et 6e sous section réunies, 22 février 2008, n° 252514, *Sté Générale d'archives*.
[2] CAA Douai, 25 mars 2010, n° 08DA01871, *SARL Vitse et SARL Devarem*, précité.

intérêts afin de réparer les conséquences de cette décision sur la santé financière de l'entreprise. Donc, à la suite des prescriptions préfectorales, l'entreprise a connu des difficultés de trésorerie l'ayant amené à cesser ses paiements et à ce que soit ouverte une procédure de redressement judiciaire. Dans ce raisonnement *post hoc* l'antériorité de celles-ci caractérise celles-là. Cette décision, qui doit être approuvée, tend à démontrer que face à la défense de l'intérêt général, l'intérêt de l'entreprise ne s'efface pas toujours et qu'il peut même le supplanter si l'acte émanant de l'autorité administrative est reconnu comme illégal ; *a fortiori* lorsque la perspective de l'ouverture d'une procédure collective est patente.
En conséquence de quoi est reconnu un lien causal entre la faute et l'effondrement d'activité puis le redressement judicaire et le risque de l'ouverture d'une liquidation judiciaire.

b : La responsabilité sans faute de l'État du fait d'une loi

Évolution du principe. Le principe de la responsabilité sans faute de l'État du fait d'une loi n'est pas nouveau. Déjà en 1938, le Conseil d'État avait décidé que « l'intéressé ne doit pas supporter une charge qui, créée dans l'intérêt général, incombe à la collectivité ; à la condition qu'elle cause un préjudice anormalement grave[1] ». Ce principe a été affiné au fil du temps. Aujourd'hui, il ressort de deux décisions récentes qui font figure de droit positif[2]. Ce principe peut être résumé comme suit : les préjudices susceptibles de résulter du fait d'une loi ne peuvent faire l'objet d'une indemnisation par l'État que lorsque, « excédant les aléas inhérents à l'activité en cause, ils revêtent un caractère grave et spécial et ne sauraient, dès lors, être regardés comme une charge incombant normalement aux intéressés ».

Sur le caractère anormal de l'aléa. Mais comment apprécier le caractère anormal de l'aléa ? Selon le Commissaire du gouvernement Arrighi De Casanova, « on peut dire que l'anormalité commence là ou prend fin l'aléa commercial communément admis, celui qu'un entrepreneur prudent doit intégrer dans ses prévisions financières (…) Cela nous conduit à dire un mot du second aspect de la condition d'anormalité, où il s'agit moins de la gravité du préjudice proprement dit que de l'anormalité du fait générateur du dommage : pour être indemnisable, le préjudice ne doit pas découler d'un aléa auquel la victime doit normalement

[1] CE. 14 janvier 1938, n° 51704, *SA des produits laitiers la Fleurette*.
[2] CE. 1er février 2012, n° 347205, *Bizouerne, AJDA* 2012, p. 1075, note H. Belrhali-Bernard ; *RFDA* 2012, p. 333, concl. C. Roger-Lacan. CE. 9 mai 2012, n° 335613, *Sté Godet frères c/ Sté Charentaise d'entrepôt, AJDA* 2012, p. 977. Ces deux décisions ont annulé les arrêts rendus par les cours administratives d'appels.

s'attendre, et qu'elle doit par suite assumer en principe sans indemnité[1] ». Finalement, le caractère anormal de l'aléa, qui s'apprécie *in concreto*, peut résider dans les pertes causées à l'exploitation par l'accroissement du nombre de cormorans, espèce protégée (*Bizouerne*) ou la fermeture d'une installation classée avec obligation de déménagement (*Sté Godet frères c/ Sté Charentaise d'entrepôt*). Dans le premier cas, le préjudice est estimé à 100.000 euros, dans le second à plus de 650.000. Bien qu'elle ne soit pas évoquée dans ces arrêts, un tel préjudice laisse à penser que l'ouverture d'une procédure collective n'est pas nécessairement loin.
Donc, la prescription législative peut avoir de lourdes conséquences. Elle est susceptible d'affecter la santé financière d'une entreprise avec pour conséquence l'ouverture d'une procédure collective. Si la chronologie des faits est utilisée pour apprécier la causalité, on peut aboutir à la mise en cause de la responsabilité sans faute de l'État du fait de la loi, ayant contribué à l'ouverture d'une procédure collective.

Examinons maintenant l'hypothèse du dirigeant ayant subi un préjudice pendant le déroulement de la procédure collective.

B : Le préjudice subi au cours la procédure collective

Lorsque le demandeur se trouve soumis à une procédure collective, dans quelle mesure ce dernier peut-il agir en responsabilité civile afin d'obtenir réparation de son préjudice ? Répondre à cette question implique une distinction entre le dirigeant dessaisi (**2**) ou non (**1**) de ses droits et biens[2].

1 : Le demandeur en sauvegarde ou en redressement judiciaire

Une certaine marge de manœuvre est laissée au dirigeant durant la sauvegarde (**a**) et dans une moindre mesure en redressement judiciaire (**b**).

[1] J. Arrighi De Casanova, « Barrages routiers et responsabilité de l'état », concl., sur Conseil d'Etat, Assemblée, avis, 20 février 1998, *Société Etudes et construction de sièges pour automobiles ; Société Compagnie européenne de sièges pour automobiles ; Société EAK ; Société Eli-Echappement.*
[2] V., L.-C. Henry et C.-H. Carboni, « La place du dirigeant : de la liberté de gestion au dessaisissement », *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, dossier 24.

a : Le préjudice subi en sauvegarde

Répartition des pouvoirs : avantage au dirigeant. La question incidente ici concerne la répartition des pouvoirs entre l'administrateur et le débiteur lorsqu'il est soumis à une procédure de sauvegarde. Par principe, en vertu de l'article L. 622-1, I, du Code de commerce, l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant. Et ce dernier, selon l'article L. 622-3, alinéa 1er, « continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur ».

Notons que si en principe c'est le débiteur seul qui gère son entreprise en sauvegarde, il doit être désigné un administrateur lorsque le chiffre d'affaires est de 300.000 euros et le nombre de salariés supérieur ou égal à vingt[1]. Or, étant donné le caractère élevé de ces montants, on peut considérer avec Mme Saint-Alary-Houin que « l'entreprise sera, en général, gérée par le débiteur[2] ».

Quoi qu'il en soit, en sauvegarde, l'intervention de l'administrateur est à géométrie variable[3], car le tribunal a le choix entre deux types de missions qu'il peut combiner[4]. Soit l'administrateur surveille le débiteur, ce qui implique « que le débiteur gère l'entreprise à sa guise, sous la seule réserve des actes de disposition étrangers à la gestion courante et des paiements qui lui sont expressément interdits[5] ». Ce qui implique pour Mme Pérochon un contrôle *a posteriori* des actes du débiteur, qui, s'ils ne sont pas interdits demeurent valables[6]. Soit l'administrateur assiste le débiteur, dans ce cas, il « est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise[7] ».

En outre, l'alinéa second de l'article L. 622-3 du Code de commerce prévoit que les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur, sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi. Ces actes, bien que non définis, ne concernent pas l'action en responsabilité civile, puisqu'étrangère à la « gestion courante ».

En conséquence, l'exercice de l'action en responsabilité civile n'entre pas dans la mission de l'administrateur lorsque le débiteur est en sauvegarde. Le débiteur qui subit un préjudice dans

---

[1] Article R. 621-11 du Code de commerce. Cette solution est reconduite pour la procédure de redressement judiciaire, v., article R. 631-9.
[2] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 552, p. 323.
[3] *Ibid.*
[4] Article L. 622-1, II, du Code de commerce.
[5] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 684, p. 309.
[6] *Ibid.*
[7] Article L. 622-1, III, du Code de commerce.

ce cadre peut agir, que ce soit sur le fondement délictuel ou contractuel. Le produit de l'action demeure dans son patrimoine, il n'est pas réparti entre les créanciers.
Aussi, le retrait de l'administrateur en sauvegarde, implique que sa responsabilité personnelle, pour les fautes commises dans l'exercice de ses fonctions, sera rarement engagée. À notre connaissance, aucun arrêt n'est venu sanctionner l'administrateur judiciaire en sauvegarde. D'ailleurs, à y regarder de plus près, aucun arrêt relatif à la responsabilité ne concerne uniquement la sauvegarde.

b : Le préjudice subi en redressement judiciaire

Répartition des pouvoirs : avantage à l'administrateur judiciaire. La répartition des pouvoirs entre le débiteur et l'administrateur en redressement judiciaire nous indique que, à l'image de la sauvegarde, le débiteur continue en principe à gérer son entreprise. En effet, bien qu'il n'existe pas de pendant à l'article L. 622-1 en redressement judiciaire, l'article L. 631-14 du Code de commerce renvoie à l'article L. 622-3 précité. Et l'article L. 631-21 dans son deuxième alinéa confirme que « pendant la période d'observation, l'activité est poursuivie par le débiteur ». Toutefois, il ne faut pas se méprendre et conclure à l'identité de régime entre les deux procédures. En effet, « afin de favoriser l'anticipation, la procédure de redressement judiciaire est plus sévère pour le débiteur dont les pouvoirs de gestion sont restreints. En outre, les dirigeants de société subissent, éventuellement, une réduction de leurs droits patrimoniaux[1] ». Aussi, l'article L. 631-12 prévoit, à la différence de la sauvegarde, une mission d'assistance « pour tous les actes relatifs à la gestion ou certains d'entre eux, ou d'assurer seuls, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise ». L'administrateur peut aussi avoir une mission de représentation du débiteur, conformément aux dispositions de l'article L. 631-12, alinéa deuxième. Cette mission va au delà de la simple assistance prévue en sauvegarde, de sorte que le débiteur peut perdre la maîtrise de sa gestion. Dans sa mission, l'administrateur doit donc respecter les obligations légales et conventionnelles incombant au débiteur. En conséquence, si le manquement à ses obligations est susceptible d'engager sa responsabilité civile par les créanciers[2], aucune décision jurisprudentielle n'a, à notre connaissance, retenue la responsabilité de l'administrateur pour avoir causé un préjudice au débiteur. Toutefois, l'assistance ou la représentation, pour laquelle l'administrateur agit seul,

[1] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1093, p. 683.
[2] V., pour deux exemples récents : Cass., civ. 3e 22 octobre 2014, cassation n° 13-25.430, *RDI* 2014, p. 652, note D. Noguéro ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 2, comm.19, note C. Lebel et Cass., com. 19 mai 2015, cassation n° 12-35.159.

n'ont pas pour effet, pour le débiteur d'invoquer sa propre turpitude. Il pourrait donc rechercher la responsabilité civile de l'administrateur à charge pour lui de prouver le triptyque classique du droit de la responsabilité civile.
En outre, la mission d'assistance de l'administrateur permet au débiteur d'agir seul contre un créancier s'il subit un préjudice.

La représentation du débiteur. Toutefois, s'il représente le débiteur, l'administrateur le dessaisit-il pour autant de ses droits patrimoniaux ? Cette mission se rapproche très sensiblement de celle du liquidateur, en liquidation judiciaire[1]. Il semble donc qu'il faille répondre par la positive. En dehors des droits propres du débiteur, l'acte devra être passé par l'administrateur : « en demande, les actions en justice seront exercées par le seul administrateur[2] ». Or, il a déjà été jugé, que « l'action engagée par son client contre l'établissement de crédit qui a rompu abusivement son concours est une action en responsabilité contractuelle que le débiteur en redressement judiciaire a qualité pour exercer seul ou, lorsqu'il lui en a été désigné un, représenté ou assisté de son administrateur[3] ». Donc, la Cour de cassation tout en reconnaissant le pouvoir d'agir seul au débiteur en redressement judiciaire lorsqu'il n'est pas représenté, donne qualité à l'administrateur d'exercer cette action conjointement avec le débiteur, lorsqu'il est désigné. La Cour de cassation ne semble donc pas faire entrer l'action en responsabilité contractuelle exercée contre un créancier, et la solution serait la même pour une action en responsabilité délictuelle, dans la catégorie des droits propres du débiteur. Il faudrait alors distinguer entre l'action en responsabilité exercée par le débiteur contre une personne de la procédure collective, de l'action exercée pour un préjudice qui n'est pas en rapport avec cette procédure, du type corporel ou moral. À l'image, nous allons le constater, de l'action en responsabilité exercée en liquidation judiciaire.
Mais il ne faut pas se méprendre, car l'administrateur n'agit pas dans l'intérêt collectif des créanciers, puisqu'il ne peut pas agir en responsabilité contre les tiers[4].
Donc, si le débiteur peut exercer une action en responsabilité civile au titre de ses droits propres c'est uniquement pour faire prévaloir ses propres intérêts. D'ailleurs, le produit de l'action entre dans son patrimoine personnel.

---

[1] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 421.34, p. 771.
[2] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 421.34, p. 771.
[3] Cass., com. 4 mars 2003, rejet n° 99-19.961, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 46, note C. Lebel.
[4] Cass., com. 5 janvier 1999, rejet n° 96-20.621, *D. affaires*, 1999, p. 219, note A. Lienhard ; *RTD com.* 1999, p. 476, note M. Cabrillac ; *LPA* 26 janvier 1999, n° 18, note P.-M. Le Corre.

Distinction patrimoniale. La rédaction de loi du 25 janvier 1985, avait dirigé le débat sur la nécessité ou non de distinguer entre la gestion de l'entreprise et la gestion des biens personnels[1]. En d'autres termes, les actes de disposition et d'administration, non compris dans la mission de l'administrateur concerneraient le patrimoine extraprofessionnel du débiteur, de sorte qu'il conserverait le pouvoir d'exercer seul les actions en justice relatives à ce patrimoine. La cour d'appel de Poitiers, dans un arrêt de 1987[2], a admis de manière implicite cette distinction entre patrimoine professionnel et personnel, en décidant que le débiteur a le pouvoir d'exercer une action en justice relativement à son patrimoine. Or, en visant l'article 32 de cette loi, il était sous entendu qu'il s'agissait de son patrimoine personnel. Qualifiée d' « hérétique » par les commentateurs, cette solution fut abandonnée. Désormais, en application du principe de l'unité du patrimoine, la dette, de nature civile, contractée par le débiteur antérieurement à l'exercice de son activité commerciale, avait continué à grever son patrimoine lorsqu'il était devenu commerçant. Or, la nature de cette dette importait peu dès lors qu'à la date de l'ouverture de la procédure collective le débiteur avait effectivement la qualité de commerçant[3].

Fondée sur les principes applicables de l'époque, cette solution devrait selon nous être à nouveau abandonnée. Car, si le principe de l'unité du patrimoine interdit de distinguer entre le patrimoine personnel et professionnel, des brèches se sont depuis ouvertes. Ainsi, il n'interdit pas à l'héritier de recueillir, il est vrai pour un temps, le patrimoine du défunt en plus de son propre patrimoine[4]. Il n'interdisait pas le prononcé du redressement ou de la liquidation judiciaire à titre personnel[5]. Il n'interdit pas de distinguer la nature du préjudice de la réparation et partant, lorsqu'une personne subit un dommage corporel d'allouer l'indemnité compensatrice au gage commun des créanciers, sous réserve de la créance alimentaire[6].

---

[1] L'article 32 de cette loi dispose que « le débiteur continue à exercer sur son patrimoine, (personnel), les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur ». Or, cet article se situe dans un paragraphe intitulé *L'administration de l'entreprise*.

[2] CA Poitiers, 10 novembre 1987, RG n° 3191/87, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 367, note J. Mestre et Ph. Delebecque.

[3] Cass., com. 22 juin 1993, rejet n° 90-17.418, *D.* 1993, p. 366, note A. Honorat ; *RTD civ.* 1994, p. 888, note F. Zenati. V., aussi Cass., com. 3 février 1998, rejet n° 96-10.158.

[4] Sur l'acceptation à concurrence de l'actif net, v., l'article 786 du Code civil.

[5] Cass., com. 4 janvier 2005, rejet n° 03-14.150, *D.* 2005, p. 215, note A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2005, p. 451, note T. Bonneau. Nous ne disons toutefois pas que cette sanction constitue une exception au principe d'unicité du patrimoine, car il ne s'opère pas de confusion des patrimoines, les deux procédures étant distinctes : Cass., com. 19 novembre 2003, n° 01-01.456.

[6] Cass., com. 5 février 2002, cassation n° 99-11.903, *RTD civ.* 2002, p. 270, note J. Hauser.

Or, aujourd'hui, ce principe, s'il n'est pas mort, est sérieusement écorché car il est possible pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée d'affecter un patrimoine à son activité professionnelle lui permettant par définition d'engager une action en responsabilité relative à son patrimoine personnel sans contredire la règle du dessaisissement[1].

Donc, si l'argument tenant à l'atteinte au principe énoncé jadis par Aubry et Rau est aujourd'hui dépassé, pourquoi ne pas revenir à la solution dégagée par la cour d'appel de Poitiers ? Si la solution retenue en droit positif, adoptée pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée a le mérite de la simplicité pour les structures avec personne morale, au nom de quoi la victime atteinte dans sa chair ne pourrait-elle pas percevoir personnellement l'indemnité réparatrice ? Cette solution nous paraît dépourvue d'équité et de raison. Il faudrait selon nous admettre que le débiteur victime d'un préjudice personnel, non matériel, puisse exercer une action en responsabilité dont les dommages et intérêts versés seraient déposés sur un compte séquestre, en attente de la clôture de la procédure collective.

Cette solution devrait valoir *a fortiori* en liquidation judiciaire.

2 : Le demandeur dessaisi en liquidation judiciaire

L'article L. 641-9 du Code de commerce, applicable à la seule procédure de liquidation judiciaire dispose, dans son alinéa 1er, que « le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur ». À s'en tenir à cette disposition, le débiteur pourrait exercer une action en responsabilité lorsqu'il est placé en sauvegarde et en redressement judiciaire, alors qu'il ne le pourrait pas en lorsqu'une liquidation judiciaire est ouverte. Mais le dessaisissement n'est pas absolu. Là encore, il est nécessaire de distinguer entre les actes qui doivent être accomplis par le liquidateur (**a**) et celles qui peuvent l'être par le débiteur (**b**).

[1] Article L. 680-3 du Code de commerce.

a : Les actions soumises au dessaisissement

Nature patrimoniale de l'action en responsabilité. Le liquidateur, « exerce les droits et actions du débiteur, mais dans le but de protéger l'intérêt des créanciers[1] ». Cette situation originale emporte des conséquences sur la mise en œuvre d'une action en responsabilité civile. En effet, en tant que représentant d'un double intérêt, on suppose que ceux-ci convergent vers un seul but, ne pas s'appauvrir, voire tenter de diminuer le passif.

Par l'effet du dessaisissement, le débiteur est donc irrecevable à exercer, pendant la procédure, des actions en responsabilité[2]. En effet, « si le débiteur dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens par sa liquidation judiciaire a le droit propre de contester son passif, aucun droit propre ne fait échec à son dessaisissement pour l'exercice des actions tendant au recouvrement de ses créances[3] ». En conséquence, l'action par laquelle le débiteur engage une action en responsabilité personnelle contre le syndic, est de nature patrimoniale, de sorte qu'il ne peut exercer seul cette action, il doit être représenté par un mandataire *ad hoc*[4]. Le dessaisissement s'applique de la même façon lorsque le débiteur est une société. Ainsi, « un débiteur en liquidation judiciaire, fût-ce une société, peut subir un préjudice dont il appartient au liquidateur judiciaire ou, lorsque l'action est dirigée contre ce dernier, à un mandataire *ad hoc*, de poursuivre la réparation[5] ».

En outre, s'agissant de l'étendue de la représentation du débiteur en liquidation judiciaire[6], le notaire dont la faute a entrainé un préjudice pour le débiteur, ne peut être « limitée au paiement d'une somme égale au seul passif admis », dès lors que « l'existence probable d'un excédent d'actif » revenant au débiteur ne constitue pas un préjudice pour le liquidateur. La justification de cette solution tient au fait que « les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur ».

Reconstitution du gage commun des créanciers. Le liquidateur agissant dans l'intérêt collectif des créanciers, le produit de l'action en responsabilité doit servir cet intérêt

---

[1] J. Théron, « Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1, dossier 3.

[2] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 552.22, p. 1322.

[3] Cass., com. 18 septembre 2012, cassation n° 11-17.546, *JCP E* 2012, n° 50, p. 1757, note Ph. Pétel ; *Procédures* 2012, n° 12, comm. 363, note B. Rolland.

[4] Cass., com. 24 mars 2004, rejet n° 01-03.426 et Cass., com. 15 mars 2005, cassation n° 03-19.830

[5] Cass., com. 24 mai 2005, cassation n° 03-17.481, *D.* 2005, p. 1695, note A. Lienhard.

[6] Cass., com. 18 septembre 2012, cassation n° 11-14.448, *Act. proc. coll.* 2012, n° 16, alerte 145.

collectif. Mais que représente-t-il ? Une brève évolution peut être étudiée dont l'aboutissement récent donna une solution claire. Ainsi, nous avons pu relever en 2007 que « l'action en responsabilité civile engagée par les époux X... en liquidation judiciaire, tendant à "grossir" le gage de leurs créanciers, est de nature patrimoniale et ne peut être exercée par les débiteurs mais par le liquidateur[1] ». Le préjudice est collectif s'il influe sur le gage des créanciers. Sept années plus tard, la Cour de cassation a affiné quelque peu sa jurisprudence en décidant « que seul le liquidateur d'une société soumise à une procédure de liquidation judiciaire a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers en vue de reconstituer le patrimoine social et que la perte de valeur des actions ou parts ne constitue pas un dommage personnel distinct de celui subi collectivement par tous les créanciers du fait de l'amoindrissement ou de la disparition de ce patrimoine[2] ». Dès lors, le préjudice est collectif s'il a pour finalité la reconstitution du patrimoine social. Enfin, depuis un arrêt de juin 2015, l'intérêt collectif vise désormais la reconstitution du gage commun des créanciers[3].

Une illustration, qui s'insère dans le prolongement de cet arrêt de 2015, peut être apportée lorsqu'un dirigeant en liquidation judiciaire intente une action en responsabilité pour des faits de concurrence déloyale à l'encontre de ses anciens salariés[4]. Certes nous nous ne sommes pas dans l'hypothèse où c'est le dirigeant qui subit un préjudice, mais au delà des faits, il nous paraît important de mentionner la solution retenue la Cour de cassation. Dans cette affaire, si la concurrence déloyale fut retenue, l'arrêt d'appel a été cassé car il a condamné la société fautive à verser au liquidateur *ès* qualité et à son gérant la somme de 150.000 euros, alors que la perte pour l'avenir des rémunérations que le dirigeant aurait pu percevoir constitue un préjudice qui lui est personnel. Donc, lorsque le dommage causé est relatif à une créance qui existait antérieurement à la survenance du dommage, le préjudice affecte la collectivité des créanciers.

Mais lorsque le dommage n'est pas assis sur une créance préexistante auprès de l'entreprise défaillante, mais procède directement du fait dommageable, le préjudice sera personnel et

---

[1] Cass., com. 13 mars 2007, rejet n° 06-10.258.

[2] Cass., com. 28 janvier 2014, cassation n° 12-27.901, *D.* 2014, n° 6, p. 367 ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 5, alerte 83, note C. Regnaut-Moutier ; *RC et ass.* 2014, n° 4, comm. 115 ; *Procédures* 2014, n° 4, comm. 116, note B. Rolland ; *Dr. sociétés* 2014, n° 7, comm. 118, note J.-P. Legros ; *RD banc. et. fin.* 2014, n° 4, comm. 128, note F-J. Crédot et T. Samin ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, comm. 44, note F. Reille.

[3] Cass., com. 2 juin 2015, cassation n° 13-24.714, précité. Arrêt confirmé par Cass., com. 28 juin 2016, cassation n° 14-20.118, *D.* 2016, p. 1495 ; *Act. proc. coll.* 2016, n° 13, alerte 190 ; *JCP E* 2016, n° 29, actu. 620.

[4] Cass., com. 29 septembre 2015, cassation n° 13-27.587, précité.

pourra faire l'objet d'une action en responsabilité sur ce fondement[1]. Cette distinction s'accorde donc avec la jurisprudence de juin 2015, qui rattache le préjudice collectif au gage commun des créanciers.

b : Les actions échappant au dessaisissement

Préjudice extrapatrimonial. L'analyse par *a contrario* de l'article L. 641-9, I, du Code de commerce implique de considérer que les droits et actions n'intéressant pas le patrimoine du débiteur continuent de lui appartenir, il en va de même des droits attachés à la personne[2]. Ainsi, l'action du débiteur en liquidation des biens, tendant à la réparation du préjudice causé par sa mise en liquidation des biens, présente un caractère patrimonial dès lors que le débiteur ne prétend pas avoir subi un préjudice moral[3]. Solution confirmée par la cour d'appel de Riom en 2009. Elle rappelle que si la clôture de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif laisse subsister le dessaisissement du débiteur et maintient en fonction le syndic, qui conserve le droit d'agir au nom de la masse, l'action en responsabilité civile exercée par le débiteur est cependant recevable en ce qu'elle est dirigée contre le syndic, non pour la réparation d'un préjudice patrimonial, mais pour la réparation d'un préjudice moral[4].
Donc, les droits de la personnalité sont si spécifiques qu'ils échappent au dessaisissement et à toute initiative du liquidateur.
Mais, demeurent en revanche soumis au dessaisissement les dommages et intérêts susceptibles d'en résulter. La réparation matérielle du préjudice moral profite aux créanciers.
Ainsi, peu important l'exercice de l'action et le dessaisissement, si l'action en responsabilité civile prospère, son résultat tombera dans le gage commun des créanciers.

---

[1] V., E. Schlumberger, « Le préjudice de l'associé-dirigeant d'une société en liquidation judiciaire », *Rev. sociétés* 2016, p. 287, note sous Cass., com. 29 septembre 2015, cassation n° 13-27.587, précité. Aussi, J.-F. Barbièri, « Le dirigeant associé », *Dr. sociétés* 2016, n° 3, dossier 9. Selon l'auteur : « Dans le prolongement de la personnalisation de la responsabilité, l'individualisation des préjudices réparables conduit à distinguer la perte des apports – que subit l'associé et qui n'est qu'une composante du préjudice collectif qu'une liquidation judiciaire de la société infligerait à l'ensemble des créanciers sociaux – de la perte de rémunération que la faute d'un tiers pourrait infliger au dirigeant associé : alors que la perte d'apports subie par l'associé n'est pas réparable distinctement du préjudice collectif des créanciers sociaux, sa perte de rémunération en qualité de dirigeant constitue un préjudice personnel dont il peut lui-même solliciter réparation ».
[2] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 552.32, p. 1330.
[3] Cass., com. 27 avril 1976, rejet n° 74-13.777, *D.* 1976, p. 641, note F. Derrida.
[4] CA Riom, Ch. com. 21 octobre 2009, n° 07/02728, *JCP E* 2009, n° 22, p. 1550.

Pourtant, si l'action tend à réparer un préjudice extrapatrimonial, l'indemnisation, accessoire à cette action, ne doit-il pas, en vertu de l'adage *accessorium sequitur principale*, être considéré comme étant elle aussi extrapatrimoniale ?
Finalement, si le débiteur veut garder son autonomie en liquidation judiciaire, il doit intenter une action en réparation du préjudice moral et réclamer une réparation non pécuniaire.

Pas de distinction selon la nature du préjudice. Si le dessaisissement du débiteur implique que la réparation de son préjudice tombe, par l'effet de la représentation de l'intérêt collectif, dans le gage commun des créanciers. Peut-on concevoir une distinction selon la nature de l'indemnité allouée ?
Naguère, la jurisprudence de la Haute juridiction obligeait les juges du fond à préciser « pour chacune des indemnités alloués en réparation d'un préjudice corporel, si elle est ou non, en raison de sa nature, exclusivement attachée à la personne[1] ». Proposant selon la doctrine de l'époque « enfin une réponse rationnelle[2] », la Cour de cassation rompit avec la distinction entre l'exercice de l'action et les résultats obtenus. Ainsi, pour les droits attachés à la personne, l'action échappa au dessaisissement et son produit, en raison de la nature de l'action ne devait pas être appréhendé par le syndic. En effet, comment concevoir que le produit d'une action n'ait pas le même régime juridique que les conditions d'exercice de cette action ? La Cour y répondra en 1983, en se fondant sur le principe d'unicité du patrimoine.
La solution jusque là faisait échapper au dessaisissement les indemnités exclusivement attachées à la personne, de telle sorte que « les créances d'indemnisation des dommages de caractère personnel ont un caractère personnel, fondé sur leur affectation aux intérêts extra-patrimoniaux de la victime[3] ». Les juges du fond devaient donc procéder à une répartition des dommages et intérêts alloués à la victime d'un préjudice corporel.
Toutefois, la Cour de renvoi ne s'étant pas aligné sur la décision de la Cour de cassation, l'Assemblée plénière fut saisie. Sa solution aussi sévère et injuste qu'elle soit a valeur de droit positif : « le principe du dessaisissement du débiteur quant à l'administration et à la disposition de ses biens "même de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit tant qu'il est en état de liquidation des biens", la Cour d'appel a exactement observé qu'il en résulte que le dessaisissement est général et embrasse l'intégralité du patrimoine sans considération de l'origine des biens, elle énonce à bon droit que la seule exception à ce principe est contenue dans l'article 2092-2 du Code civil qui précise quels sont les biens exclus du droit de gage

[1] Cass., com. 28 avril 1978, cassation n° 76-13.607, *D.* 1978, p. 562, note F. Derrida.
[2] F. Derrida, note sous Cass., com. 28 avril 1978, cassation n° 76-13.607, précité.
[3] *Ibid.*

général du créancier dont le dessaisissement édicté au profit de la masse n'est qu'une application[1] ».

Or, comme nous l'évoquions précédemment à propos du redressement judiciaire, les dommages et intérêts qui sont attribués pour compenser un préjudice corporel doivent selon nous faire corps avec ce préjudice, et être exclusif de l'intérêt collectif des créanciers.

Ne faudrait-il pas revenir aux conclusions de l'Avocat général Dontenwille et se demander « si la notion de « droits exclusivement attachés à la personne » ne constitue pas « un principe fondamental de notre droit, primant les droits particuliers, dominant les textes spécifiques, et devant être pris en compte même s'il n'est pas formellement rappelé dans tous les « cas de figure », et ils sont nombreux, où une délicate frontière doit être tracée entre ce qui s'attache à l'homme et ce qui relève de son patrimoine ?[2] ».

La question des droits propres : assouplissement de la règle du dessaisissement. Le débiteur soumis à la procédure de liquidation judiciaire n'est pas dessaisi pour faire valoir ses droits propres, tant qu'ils ne tendent pas au recouvrement de sa créance[3]. Il S'agit de droits exercés « exclusivement par le débiteur dans la procédure, soit parce qu'un texte lui reconnaît un droit d'agir ou d'exercer une voie de recours (…), soit parce qu'à défaut, le débiteur ne serait pas en mesure de faire valoir un droit d'action ou de défense dans la procédure parce qu'étant représenté par le liquidateur, il est dépendant de sa volonté d'agir[4] ». Au titre des droits propres, une solution nette était posée par les juges de la Cour de cassation, « l'action en responsabilité dirigée par un débiteur en liquidation judiciaire contre l'Etat, qui tend non à sanctionner une atteinte personnelle à ses droits, mais à obtenir la réparation d'un préjudice résultant d'une faute lourde qu'aurait commise l'Etat sur le fondement de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, revêt un caractère patrimonial susceptible d'affecter les droits des créanciers et entre dans les prévisions de l'article L. 622-9 du Code de commerce[5] ».

---

[1] Ass., plén. 15 avril 1983, rejet n° 80-13.339, *JCP G* 1984, II, p. 10126, note Y. Chartier. Notons que l'article 2092-2 du Code civil a été abrogé en 1991 et codifié à l'article L. 112-2 du Code des procédures civiles d'exécution. V., Cass., com. 5 février 2002, cassation n° 99-11.903, précité.

[2] Conclusions citées par Y. Chartier, note sous Ass., plén. 15 avril 1983, rejet n° 80-13.339, précité.

[3] Cass., com. 18 septembre 2012, cassation n° 11-17.546, précité.

[4] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1220, p. 764.

[5] Cass., com. 12 juillet 2004, rejet n° 03-12.634.

Opérant « un revirement de jurisprudence inévitable et salutaire[1] », la Haute juridiction est venue consacrer la possibilité pour le débiteur en liquidation d'exercer une action en responsabilité fondée sur l'article L. 141-1, du Code de l'organisation judicaire[2]. Ce faisant, elle indique au dirigeant « lorsqu'il existe un actif réalisable de nature à désintéresser en tout ou partie les créanciers », et lorsqu'est méconnu son droit « à être jugé dans un délai raisonnable » et « d'administrer ses biens et d'en disposer », la marche à suivre. Il peut rechercher la responsabilité de l'État. Cet article énonce que l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice, sachant qu'à propos d'une créance de dommage, la prescription quadriennale commence à courir le premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle s'est produit le fait générateur du dommage allégué[3]

Deux conditions encadrent cette mise en cause, la preuve d'une faute lourde ou un déni de justice.

Or, en l'espèce les faits suggèrent bien une faute lourde ainsi qu'un déni de justice, mais le « comportement dilatoire à l'extrême » du débiteur ne suggère pas que soit acquise la reconnaissance de la responsabilité de l'État. Il serait alors possible de rechercher la responsabilité du mandataire qui n' « a pas rempli sa mission en usant de ses pouvoirs de contrainte pour poursuivre la vente forcée des immeubles », sur le fondement du droit commun[4].

En outre, il paraît difficilement compréhensible que le produit de l'action en responsabilité pour fonctionnement défectueux de la justice soit amené à reconstituer le gage commun des créanciers. Comme l'évoque M. Vallens, « il va de soi que l'action engagée par le débiteur, reconnue comme un droit propre, profitera à lui-même et non à ses créanciers. L'indemnisation du préjudice subi correspond alors à un dommage non patrimonial[5] ».

Aussi, il semble possible pour le demandeur, fut-il une personne morale, de se prévaloir d'un préjudice moral du fait de l'attente prolongée, non légitime, de décisions de

---

[1] D. Voinot, « Vers une liquidation judiciaire à perpétuité ? », *Gaz. Pal*, 2015, note sous Cass., com. 16 décembre 2014, cassation n° 13-19.402, précité.

[2] Cass., com. 16 décembre 2014, cassation n° 13-19.402, précité.

[3] Cass., civ. 1re 1er juin 2011, rejet n° 09-16.003 et Cass., civ. 1re 18 novembre 2015, rejet n° 14-29.164.

[4] V., D. Voinot, « Vers une liquidation judiciaire à perpétuité ? », *op. cit.*

[5] J.-L. Vallens, « Une procédure longue engage la responsabilité de l'État, mais ne justifie pas la clôture de la procédure », *RTD com.* 2015, note sous Cass., com. 16 décembre 2014, cassation n° 13-19.402, précité.

justice devant être rendues à son égard. La Cour de cassation ayant déjà retenue cette possibilité[1].

Cet arrêt permet donc au débiteur, malgré le dessaisissement, d'agir pour protéger ses droits extrapatrimoniaux : droit à être jugé dans un délai raisonnable et droit au procès équitable, ainsi que son droit de propriété, droit patrimonial. Ce qui semble de bonne augure pour les débiteurs qui auront subi un dommage corporel en liquidation judiciaire.

Enfin, notons que l'ordonnance du 12 mars 2014 a modifié l'alinéa deuxième de l'article L. 643-9 du Code de commerce, de sorte que la clôture de la liquidation judiciaire peut désormais intervenir « lorsque l'intérêt de cette poursuite est disproportionné par rapport aux difficultés de réalisation des actifs résiduels ».

Voici donc l'appréhension de la responsabilité lorsque le dirigeant est victime d'un dommage. Étudions maintenant l'hypothèse inverse.

Paragraphe 2 : Le dirigeant auteur d'une faute

L'ordre public des procédures collectives impose au débiteur d'éviter toute diminution de son patrimoine afin d'empêcher une fuite de ses capitaux, nécessaires au sauvetage de son entreprise ou au paiement de ses créanciers.

Il faut alors utiliser le droit de la responsabilité civile et le mettre au profit de la politique juridique de la procédure collective, ce qui suppose l'instauration d'un équilibre entre des intérêts contradictoires : la réparation du préjudice et la non aggravation du passif de l'entreprise.

L'étude du dirigeant fautif rend nécessaire la connaissance de la date de naissance de la créance de dommages et intérêts (**A**). Cela nous amènera à envisager la question de la réparation du préjudice en liquidation judiciaire (**B**)

A : La date de naissance de la créance de réparation

Étudions celle en droit commun de la responsabilité civile (**1**) avant de l'envisager en droit des procédures collectives (**2**).

[1] Cass., civ. 1re 4 juin 2009, cassation n° 08-16.480, *D.* 2010, p. 169, note N. Fricero ; *RC et ass.* 2009, n° 9, comm. 256 ; *JCP ACT* 2010, n° 14, p. 2123, note O. Renard-Payen.

1 : La naissance de la créance de réparation en droit commun de la responsabilité civile

Divergence doctrinale et jurisprudentielle. Doctrine et jurisprudence divergent s'agissant de la date de naissance de cette créance[1]. Même l'avant projet de loi portant réforme de la responsabilité civile reste, à l'heure où ces lignes sont écrites, muet sur ce propos[2].

La difficulté tient sans doute au fait que la créance d'indemnisation, *a priori*, ne possède pas de caractère statique, mais évoluerait du fait dommageable au jugement. Or, la détermination de cette date est capitale en droit des procédures collectives, car elle fixe la ligne de partage entre les créances antérieures et postérieures.

Une clarification a été apportée par M. Jourdain à propos de la date de naissance de cette créance[3].

La naissance de la créance délictuelle. Pour la créance délictuelle, comme le dommage est toujours nécessaire pour donner naissance à une telle créance, c'est la date de sa réalisation, ou celle où il devient certain pour un dommage futur, qu'il faut retenir comme celle faisant naître la créance de réparation. Telle est la solution dégagée par la jurisprudence dans un arrêt déjà ancien : le droit pour la victime d'un accident, d'obtenir la réparation du préjudice subi, existe dès que le dommage a été causé[4]. Le jugement aura alors pour rôle de fixer la créance, celle-ci pourra consister en un versement de dommages et intérêts ou en une réparation en nature. Il aura aussi pour effet de rendre la créance certaine, de l'évaluer. Le jugement a donc un rôle davantage déclaratif sans pour autant être constitutif.

La naissance de la créance contractuelle. Pour la créance contractuelle, il convient selon M. Jourdain « de distinguer selon que le préjudice consiste en une perte ou un manque à gagner consécutif à l'inexécution et qu'il faut compenser, ou seulement dans un retard d'exécution ou de paiement[5] ». Ainsi, pour la créance d'indemnisation compensatoire, deux possibilités se présentent, soit celle-ci naît au jour de l'inexécution du contrat vu comme fait

---

[1] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 572, p. 384.

[2] Projet de loi portant réforme de la responsabilité civile soumis à consultation publique le 29 avril 2016.

[3] P. Jourdain, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *LPA* 2004, n° 224, p. 49.

[4] Cass., civ. 2e 11 janvier 1979, cassation n° 77-12.937.

[5] P. Jourdain, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *op. cit.* p. 52. V., article 1147 du Code civil.

générateur de responsabilité ; soit elle naît au jour de la conclusion du contrat. Pour la créance d'indemnisation moratoire, il faut indemniser un retard d'exécution. Lorsque ce retard concerne des obligations qui ont pour objet une somme d'argent, il est prévu, en principe, une indemnisation forfaitaire[1]. Si le retard concerne des obligations non pécuniaires, il sera réparé par des dommages et intérêts. Enfin, si l'exécution du contrat cause un préjudice, il est possible de se voir allouer des dommages et intérêts à condition d'avoir préalablement mis le débiteur en demeure de remplir son obligation[2].

2 : La naissance de la créance de réparation en droit des procédures collectives

Une question cruciale. Soit on considère qu'elle prend naissance avant le jugement d'ouverture, soit elle naît après ce jugement. Le jugement d'ouverture joue un rôle répartiteur et les effets pour les créanciers sont largement inégaux.

Le créancier antérieur. Est antérieure, « la créance dont le fait générateur, c'est à dire l'origine, l'événement ou l'acte qui donne naissance à la créance, est survenu avant l'ouverture de la procédure collective, la date d'exigibilité étant quant à elle indifférente[3] ». Ses effets sont considérables. Selon l'article L. 622-7 du Code de commerce, le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, ce qui revient à qualifier de fait générateur de la créance sa date de naissance. Cette interdiction est à sens unique, de sorte qu'elle ne vise que les paiements faits par le débiteur, non ceux qu'il doit recevoir[4], et ne s'applique qu'à partir du jugement d'ouverture. Aussi, à l'interdiction des paiements est associée l'interdiction des poursuites, prévue à l'article L. 622-21 du Code de commerce. En outre, le créancier antérieur est tenu, conformément aux dispositions de l'article L 622-24 du même code, de déclarer sa créance au passif du débiteur. Ce faisant, il « manifeste la volonté d'obtenir le paiement de sa créance dans le cadre de la procédure[5] ». Ensuite, s'attachant principalement au jugement d'ouverture, d'autres textes soumettent le créancier antérieur à un régime dérogatoire. Citons simplement l'article L. 622-28, qui prévoit que le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels et suspend toute action contre les personnes physiques

[1] V., article 1153 du Code civil.
[2] Article 1146 du Code civil.
[3] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 579, p. 267.
[4] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 569, p. 262.
[5] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 748, p. 464.

coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. L'article L. 622-29 indique que le jugement d'ouverture ne rend pas exigible les créances non échues. Et enfin, l'article L. 622-30 interdit l'inscription des sûretés réelles pour garantir le paiement des créanciers antérieurs.

Le créancier postérieur. L'ouverture d'une procédure collective, qui plus est si on considère qu'elle est en elle-même constitutive d'un dommage, n'emporte pas confiance ni volonté pour le créancier de fournir un quelconque soutien. Or, comme le dit Mme Pérochon, « sans crédit le débiteur en difficulté ne pourra sans doute même pas maintenir son activité pendant la période d'observation, et encore moins tenter une réorganisation de son entreprise[1] », alors pour redonner confiance, une priorité de paiement est accordée aux créances postérieures. L'article L. 622-17 du Code de commerce, applicable en sauvegarde et en redressement judiciaire dispose que « les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance ». L'article L. 641-13, applicable en liquidation judiciaire, réserve le privilège aux créances utiles au déroulement de la procédure collective. Les « autres » créances postérieures, « non utiles », rejoignent donc le régime des créances antérieures.

Ces créanciers échappent donc au principe de l'arrêt des poursuites, de l'interdiction des paiements, à l'obligation de déclarer la créance, etc.

Finalement, il semble à la lecture des articles susvisés, qu'antérieurement au jugement d'ouverture, il faut faire référence à la naissance antérieure de la créance, alors que postérieurement au dit jugement, il est fait référence à la naissance régulière de la créance. Donc, rien ne concerne le « fait générateur » de la créance. Selon Mme Saint-Alary-Houin, le fait générateur se confond avec l'origine de la créance ; il s'agit de « l'événement qui engendre la créance[2] ». Or, origine et naissance ne sont pas nécessairement synonymes, la conception que l'on a de l'origine est souvent antérieure à celle de la naissance. Il est aussi des situations où la date de naissance de la créance est plus tardive que son origine, il peut en être ainsi de la créance délictuelle où le dommage n'intervient pas nécessairement dans la continuité de la faute.

Quoi qu'il en soit, il nous faut distinguer entre les créances de réparation contractuelle (**a**) et délictuelle (**b**).

---

[1] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 762, p. 338-339.

[2] C. Saint-Alary-Houin, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *LPA* 2004, n° 224, p. 11.

a : La date de naissance de la créance de réparation contractuelle en droit des procédures collectives

L'inexécution du contrat. Pour qualifier les créances d'indemnités, il n'est pas fait référence à la date de formation du contrat mais, comme pour le droit commun, à la date de son inexécution. Autrement dit, les créances nées de l'inexécution du contrat auront comme fait générateur l'exécution défectueuse.

Le régime paraît alors assez simple. L'inexécution qui intervient antérieurement au jugement d'ouverture donnera lieu à une créance antérieure, et devra être déclarée au passif[1]. *A contrario*, l'inexécution qui intervient postérieurement au jugement d'ouverture donne lieu à une créance postérieure.

Notons cependant d'une part que pour la créance née de l'exécution défectueuse d'une prestation de travaux, celle-ci n'est soumise à déclaration que si cette prestation a été exécutée antérieurement au jugement d'ouverture[2]. Donc la créance de réparation pour malfaçons nait de l'exécution de la prestation. D'autre part que, en vertu du 2° du III de l'article L. 622-17 du Code de commerce, selon lequel « en cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi, les indemnités et pénalités sont exclues du bénéfice » du paiement à leur échéance, il en va ainsi de l'indemnisation née de la révocation du dirigeant d'une société en redressement judiciaire[3].

En outre, s'agissant des indemnités de licenciement, celles-ci seront antérieures ou postérieures en fonction de la date de la rupture du contrat[4].

Compensation pour dettes contractuelles. L'interdiction du paiement des créances antérieures souffre de cette exception. Règle équitable, la compensation « réalise un double paiement abrégé entre des créanciers réciproques, à hauteur de la moins élevée des deux créances[5] ». Si le paiement par compensation de créances connexes est possible, c'est à la condition que le créancier ait déclaré sa créance[6]. La connexité implique que l'inexécution

---

[1] Cass., com. 30 mars 2010, rejet n° 09-11.805.
[2] Cass., com. 21 février 2012, cassation n° 11-11.514.
[3] Cass., com. 12 juillet 2016, rejet n° 14-23.668, *Rev. sociétés* 2016, p. 549, note L.-C. Henry.
[4] V., C. Saint-Alary-Houin, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *LPA* 2004, n° 224, p. 16.
[5] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 602, p. 275.
[6] Cass., com. 17 mai 2011, rejet n° 10-14.126.

procède d'un même contrat, voire de conventions distinctes mais appartenant à un même ensemble contractuel[1].
En aucun cas, il ne peut y avoir compensation entre une créance contractuelle et délictuelle[2].

b : La date de naissance de la créance de réparation extracontractuelle en droit des procédures collectives

La naissance de la créance délictuelle. Par principe, c'est la date du fait dommageable qui est prise en compte pour décider si le créancier devra déclarer sa créance ou non[3].
Ainsi, naissant au jour de la commission du dommage, les créances extracontractuelles, pour pouvoir être admises à la procédure, doivent faire l'objet d'une déclaration par les victimes, lorsque le fait générateur est antérieur à celui-ci[4]. Lorsque le dirigeant est fautif, la créance devrait être privilégiée si le dommage est postérieur au jugement ; elle devra être déclarée s'il est antérieur au jugement d'ouverture. Ainsi, voici une solution rendue sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, *a priori* transposable aujourd'hui, concernant une créance postérieure. Selon la Cour de cassation, « le liquidateur, qui ne poursuit pas le bail consenti au débiteur en liquidation judiciaire, ayant l'obligation personnelle de libérer les lieux, commet, ès-qualités, en ne faisant pas procéder à l'enlèvement des objets qui les garnissent, une faute *quasi* délictuelle donnant naissance à une créance d'indemnité d'occupation qui entre dans les prévisions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985[5] ». Donc soumise au régime des créances postérieures. Si telle est la solution aujourd'hui, elle est fortement empreinte d'opportunisme car, nous allons y revenir ci-après, nous doutons fortement qu'une créance délictuelle postérieure puisse bénéficier du régime des créances privilégiées.

---

[1] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 385, p. 252 et 253.
[2] Cass., com. 18 décembre 2012, rejet n° 11-17.872, précité.
[3] P. Jourdain, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *LPA* 2004, n° 224, p. 51.
[4] CA Paris, 3e Ch. A, 21 septembre 1999, n° [XP210999X], *D.* 1999, p. 33, note A. Lienhard. Aussi Cass., com. 16 mars 2010, cassation n° 09-13.937, *Gaz. Pal.* 2010, n° 183-184, p. 23, note L.-C. Henry.
[5] Cass., com. 31 mars 1992, rejet n° 90-13.942, *RTD com*. 1993, p. 384, note A. Martin-Serf ; *D.* 1993, p. 8, note F. Derrida.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. L'article L. 651-2 du Code de commerce dispose 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 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 ». Or, pour que la faute de gestion soit retenue, celle-ci doit avoir été commise antérieurement au jugement d'ouverture[1]. En outre, si l'on s'en tient au principe, ce qui compte est la date du préjudice, c'est à dire l'insuffisance d'actif, qui s'apprécie au jour où la juridiction statue[2]. Il devrait donc être considéré comme antérieur au jugement d'ouverture, et ne pas faire naître de créance privilégiée, de sorte que, seuls les créanciers antérieurs devraient être bénéficiaires de ces sommes. Or, cette considération, qui tend à confondre la faute de gestion avec le préjudice, diffère de la lettre du texte. En effet, le dernier alinéa de l'article L. 651-2 prévoit que les sommes versées au titre de l'insuffisance d'actif sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Donc, les créanciers antérieurs et postérieurs, privilégiés ou non, sont soumis à la stricte égalité, ce qui n'est pas cohérent avec la date de naissance de la créance délictuelle. Toutefois, la solution est justifiée pour trois raisons. Tout d'abord au regard des caractères intrinsèques de la faute de gestion[3]. Ensuite, le préjudice constitué par l'insuffisance d'actif n'est pas « nécessairement antérieur » au jugement d'ouverture[4]. Enfin, cette action appartient au domaine des sanctions patrimoniales et à ce titre devrait suivre le régime de la créance d'indemnisation issue d'une sanction répressive, qui nait avec la décision constitutive qui la prononce même si les faits réprimés sont antérieurs au jugement d'ouverture[5].

L'action en responsabilité pour cessation des paiements. L'article L. 631-10-1 du Code de commerce prévoit cette action et dispose qu'« à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur ». Laconique, ce texte évoque une action en

---

[1] Cass., com. 8 janvier 2002, rejet n° 98-22.077.
[2] Cass., com. 27 juin 2006, cassation n° 05-11.690, *JCP E* 2007, p. 28, note C. Delattre.
[3] V., *infra* « L'appréhension de la faute de gestion par la Cour de cassation » et « L'objectivation de la faute de gestion ».
[4] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1706, p. 785.
[5] Cass., com. 14 janvier 2004, rejet n° 01-10.107.

responsabilité dont l'ouverture n'est possible que pour la procédure de redressement judiciaire, et évoque la « faute », sans distinction aucune. Or, « seule une faute de gestion, en pratique, pourra contribuer à la cessation des paiements[1] » et le parallèle avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, impliquerait que cette faute doive aussi être commise avant le jugement d'ouverture.

En outre, ici le préjudice est la cessation des paiements, c'est à dire l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible[2], dont l'état s'apprécie également au moment où la juridiction statue[3]. Or, si la constatation s'apprécie à la date du jugement d'ouverture, la date de la cessation des paiements lui est antérieure, puisqu'elle marque le début de la période dite suspecte.

Ainsi, la créance de réparation qui résulte de la mise en œuvre de cette action ferait naître, selon nous, une créance antérieure, qui ne sera profitable qu'aux seuls créanciers antérieurs. Les créanciers postérieurs ne seraient donc pas concernés. Solution qui semble logique puisque sans la faute, la cessation des paiements n'aurait sans doute pas existé, ni les créanciers postérieurs. Ils ne devraient pas profiter d'une créance qui ne leur a pas porté préjudice.

En conséquence, la créance de réparation qui résulte de la cessation des paiements ne doit pas bénéficier à la collectivité des créanciers, entendus comme les créanciers antérieurs et postérieurs, mais aux seuls créanciers antérieurs. Ce ne sera que si le redressement judicaire est converti en liquidation que les créanciers postérieurs pourront prétendre à la réparation, faisant apparaître par là la distinction entre l'insuffisance d'actif et la cessation des paiements.

Or, comment expliquer alors que l'administrateur judiciaire puisse intenter cette action alors que par définition il ne représente pas l'intérêt des créanciers[4]. Selon nous, deux hypothèses expliquent cette possibilité. La première et la moins probable selon nous, implique de distinguer entre les demandeurs à l'action, et de considérer qu'une demande conjointe n'est pas possible, ce que semble indiquer la lettre du texte par la conjonction « ou ». Lorsque ce sera le mandataire judiciaire, la créance de réparation sera répartie entre tous les créanciers antérieurs. Lorsque ce sera l'administrateur judiciaire qui recherchera la responsabilité du dirigeant, la créance de réparation entrera dans le patrimoine du dirigeant. Elle sera alors utilisée pour diminuer le passif, ce qui au final profitera de manière incidente aux créanciers.

---

[1] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 926.21, p. 2686.
[2] Article L. 631-1 du Code de commerce.
[3] V., *infra* « Le contentieux de la cessation des paiements dans l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ».
[4] Cass., com. 5 janvier 1999, rejet n° 96-20.621, précité.

La seconde implique de considérer, à l'image de l'action en responsabilité de la société mère pour faute caractérisée ayant contribué à l'insuffisance d'actif de sa filiale, pour le liquidateur, que l'administrateur a qualité à agir, sans avoir l'intérêt. La créance de réparation bénéficiera donc à la collectivité des créanciers antérieurs. Toutefois, en dépit de ce raisonnement, sauf à considérer finalement que la faute de l'article L. 631-10-1 du Code de commerce ne soit pas une faute de gestion, ou du moins celle qu'entend l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, ce qui nous paraît inopportun, puisque cela ajouterait des difficultés inutiles, force est de constater que pour des raisons liées à ce qu'on a appelé l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, les sommes recouvrées au titre de cette action bénéficieront à l'ensemble des créanciers, antérieurs et postérieurs, indépendamment de tout privilège.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif de la filiale. L'article L. 512-17 du Code de l'environnement prévoit cette action. Il dispose que « lorsque l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce et qu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'Etat dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité ». Ici, la condamnation n'a pas, curieusement, pour objet de réparer le préjudice, constitué par l'insuffisance d'actif, mais de mettre à la charge de la société mère le coût de la remise en état du site exploité par la filiale en fin d'activité, créant une réparation en nature décalée du préjudice. Or, la liquidation de la filiale n'implique pas nécessairement la fin de son activité, la personne morale n'étant pas dissoute à la clôture de la procédure, excepté pour la clôture extinction du passif. Ceci dit, comment comprendre le fait générateur de cette créance environnementale ?

S'agissant de ce type de créance en droit des procédures collectives[1], en principe, l'obligation de réparation naît à la date du dommage, non pas le jour où une décision détermine le montant de la réparation. « Dès lors, il y a tout lieu de penser que l'atteinte portée à l'environnement se

[1] V., D. Voinot, « Le sort des créances dans la procédure collective – L'exemple de la créance environnementale », *RTD com.* 2001, p. 581.

produira avant l'ouverture de la procédure[1] ». Néanmoins, pour la créance d'indemnité, tel le coût de la remise en état du site, celle-ci « devrait entrer dans la catégorie des créances antérieures, sauf si l'activité se poursuit après l'ouverture de la procédure[2] ». Or, la lettre de l'article précité implique que l'activité de la filiale se poursuit après l'ouverture de la liquidation judiciaire, et qu'elle se trouve elle-même dans l'impossibilité de pourvoir à la remise en état du site. L'insuffisance d'actif s'appréciant à la date où le juge statue, il faudrait en déduire que la créance est postérieure et qu'elle bénéficie donc à l'ensemble des créanciers. Or, tel n'est pas le cas car le sort du produit de l'action doit permettre de remettre en état le site pollué. On s'étonnera alors de la possibilité pour le liquidateur de rechercher la responsabilité de la société mère dans ce cadre, sans en avoir l'intérêt.

La créance délictuelle postérieure au jugement d'ouverture : une créance privilégiée ? Pour sauvegarder réellement l'activité du débiteur, et non pas maintenir artificiellement celle-ci, il faut donner au débiteur les moyens financiers de son redressement. Pour ce faire, a été crée nous l'avons vu un privilège au bénéfice des créanciers postérieurs au jugement d'ouverture dont la créance présente certaines caractéristiques[3]. Ce privilège s'applique à toutes les procédures, excepté la conciliation. En sauvegarde et en redressement l'article L. 622-17 du Code de commerce implique une créance postérieure, née régulièrement et utile aux besoins du déroulement de la procédure. Quant à l'article L. 641-13, applicable à la seule liquidation judiciaire, il impose aussi une créance postérieure, régulière et utile. Trois conditions qu'il nous faut envisager et se demander si une créance délictuelle peut être qualifiée comme telle.

- **Sur la postériorité de la créance délictuelle**. Nous l'avons vu, seules les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture bénéficient du régime de faveur. Nous n'allons pas revenir sur la question du fait générateur de ce type de créance, sauf à rappeler que s'il s'est produit après le jugement d'ouverture, il fera naître une créance postérieure[4]. Donc, une créance délictuelle peut être postérieure.

- **Sur la régularité de la créance délictuelle**. L'exigence de la régularité s'apprécie par rapport aux règles de gestion de l'entreprise au cours de la période

[1] D. Voinot, « Le sort des créances dans la procédure collective – L'exemple de la créance environnementale », *RTD com.* 2001, p. 581.
[2] *Ibid.*
[3] V., D. Voinot, *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 381, p. 150.
[4] Solution déduite par *a contrario* de l'arrêt rendu le 18 janvier 2005 : Cass., com. 18 janvier 2005, cassation n° 03-12.873 : la créance de dommages-intérêts qui a pris naissance antérieurement à l'ouverture de la procédure collective doit être déclarée au passif.

d'observation, elle est donc subordonnée au respect des principes régissant la répartition des pouvoirs de gestion entre les organes et le débiteur[1]. Or, s'agissant d'une créance délictuelle, nous pensons que le critère de répartition des pouvoirs ne convient pas car si l'on prend l'exemple de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, sa réparation est prononcée lors de la liquidation judiciaire pour une faute commise avant son prononcé, c'est à dire avant le dessaisissement. Mais ce n'est pas la solution retenue en jurisprudence. Pour les juges la solution est claire, « attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la créance était née régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure collective, c'est-à-dire conformément aux règles gouvernant les pouvoirs du débiteur ou, le cas échéant, de l'administrateur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision[2] ». Cette solution conduit à ce que les dommages causés par la faute du débiteur en sauvegarde donnent naissance à des créances qui soient toujours régulières, puisqu'il conserve la majorité de ses pouvoirs. Or, cette solution ne semble pas cohérente avec l'idée de sauvetage ou de redressement de l'entreprise[3]. Ne faudrait-il pas considérer comme privilégiées les créances qui procurent du crédit au débiteur[4] ? Que ce soit l'article L. 622-17 ou L. 641-13 du Code de commerce, leur objet est de favoriser les créanciers qui ont permis, par leur crédit, la survie de l'entreprise dans le redressement judiciaire ou dans la liquidation judiciaire. Devraient donc être écartées du régime de faveur, lorsque le débiteur est fautif, car ne servent pas les objectifs du privilège de la procédure, les créances personnelles du débiteur sans lien avec son entreprise ou avec la conservation de ses actifs[5].

Pour pallier à cette difficulté, il est possible pour M. Voinot d'ériger la notion de régularité en « règle d'interprétation téléologique, c'est-à-dire, comme un moyen d'écarter du champ d'application de la procédure des dettes qui, bien que régulières au sens du droit commun, doivent être considérées comme « irrégulières » au regard de la procédure collective[6] ».

Quoi qu'il en soit, les créances délictuelles sont régulières si la répartition des pouvoirs a été respectée.

---

[1] V., D. Voinot, *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 386, p. 153.

[2] Cass., com. 13 octobre 1998, cassation n° 95-21.988, *D. Affaires* 1998, p. 816, note A. Lienhard ; *RTD com.* 1999, p. 979, note A. Martin-Serf ; *JCP E* 1999, p. 1060, note P. Rossi.

[3] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 782, p. 347.

[4] V., D. Voinot, « Le sort des créances dans la procédure collective – L'exemple de la créance environnementale », *RTD com.* 2001, p. 581.

[5] V., A. Honorat, « Liquidation d'une astreinte et revendication d'un matériel loué au débiteur : l'astreinte est-elle une créance prioritaire ? », *D.* 1999, p. 190.

[6] D. Voinot, « Le sort des créances dans la procédure collective – L'exemple de la créance environnementale », *op. cit*.

- **Sur l'utilité de la créance délictuelle**. Si les créances délictuelles sont étrangères à la finalité du privilège elles ne devrait pas lui être plus utiles. Ce critère se veut téléologique, car la priorité de paiement à l'échéance ne sera accordée qu'aux créances considérées comme utiles pour la finalité de la procédure collective. Ces créances dites utiles sont celles nées « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation », ou « en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période ». Ou encore celles « nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité », « nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant le maintien de l'activité ou en exécution d'un contrat en cours décidée par le liquidateur » ou « nées des besoins de la vie courante du débiteur, personne physique ». Ces conditions, limitatives, font l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation, ainsi, la créance correspondant au coût de travaux de reprise de malfaçons et de non-façons et à des pénalités de retard dues en vertu d'un contrat de construction exécuté par le débiteur après le jugement d'ouverture n'est pas une créance née en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur au sens de l'article L. 622-17 du code de commerce[1].

À la vue de ces conditions, trois critères peuvent être dégagés. Celui du besoin de la procédure, celui de la contrepartie et enfin celui du besoin personnel.

Il ressort du premier critère qu'il ne faut pas confondre besoin de la procédure, notion objective avec la notion d'intérêt collectif, subjective. En effet, dans ce cas, la créance délictuelle, bien qu'étrangère au besoin du déroulement de la procédure, intéresserait l'intérêt collectif et pourrait être qualifiée d'utile. En outre, les fautes commises par le débiteur, par un de ses représentants ou par un mandataire de justice, devraient, en vertu de la *ratio legis*, être exclues du régime de faveur car elles ne naissent pas pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation[2]. Sans doute faudrait-il alors distinguer entre la créance née pour les besoins de la procédure, qui regrouperait essentiellement le crédit, à laquelle n'appartient pas la créance délictuelle, de celle née à l'occasion de celle-ci et parmi cette catégorie, il y aurait les créances inhérentes à l'activité, obligatoires, telles les créances sociales, fiscales, celles qui résultent d'une condamnation relative à l'activité du débiteur, celles qui résultent d'une faute du débiteur dans l'exercice de ces fonctions et les créances

[1] Cass., com. 18 juin 2013, rejet n° 12-18.420, *D.* 2013, p. 2363, note P.-M. Le Corre ; *RTD com.* 2013, p. 813, note A. Martin-Serf ; *Rev. sociétés* 2013, p. 524, note L.-C. Henry ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 12, alerte 172 ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 4, comm. 117, note C. Saint-Alary-Houin.

[2] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 798, p. 355.

dépourvues de tout lien avec l'activité comme les créances qui résultent d'un préjudice corporel.

Le deuxième critère est relatif à la contrepartie fournie au débiteur, sans plus de détails, notamment relatifs à l'activité professionnelle supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Cet élargissement permet désormais de payer les prestations extraprofessionnelles les plus saugrenues, de dépasser le cadre contractuel[1], mais ne permet pas de prendre en compte la créance délictuelle, sauf à considérer que celle-ci soit née suite à la prestation fournie au débiteur.

Enfin, le dernier critère, qui tend à prouver son autonomie par rapport à la contrepartie est celui relatif au besoin de la vie courante. Mais il tend aussi à confondre la créance utile pour la procédure de celle utile pour le débiteur. Désormais, sont privilégiées les créances destinées à satisfaire les besoins personnels du débiteur, même s'ils sont totalement indifférents du redressement de l'entreprise. Dans notre hypothèse, le besoin de la vie courante exclut la créance délictuelle.

Il est donc difficile de considérer que la créance d'indemnisation soit utile pour la procédure.

Mais, ne devrait-elle pas être utile si l'intention du débiteur était d'agir dans le but d'améliorer la situation de son entreprise ? À l'image de la créance postérieure, il faudrait selon nous rechercher la finalité de l'acte fautif, se demander si la faute n'a pas été utile, pour éviter par exemple un dommage encore plus important. Dans ce cas, la faute serait rattachable à la procédure.

Si la créance délictuelle ou *quasi* délictuelle ne naît pas pour les besoins de la procédure, alors elle rejoint le sort des créances antérieures, ces dispositions ne souffrant pas de modification par l'ordonnance du 12 mars 2014[2].

Lorsque le dirigeant est auteur d'une faute, il est important de connaître la date de naissance de la créance de réparation. Mais la question de l'effectivité de la réparation lorsqu'il doit être mis fin à l'activité se pose.

B : La réparation effective du préjudice en liquidation judiciaire

Comment pallier à l'insolvabilité du débiteur en liquidation judiciaire lorsqu'il a commis une faute ? La législation reste muette sur les conséquences de la faute du débiteur

[1] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 785, p. 348.
[2] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 661, p. 403.

personne morale, particulièrement quant à la réparation effective de leur préjudice[1]. En effet, nous l'avons vu, s'il est possible d'engager une action en responsabilité civile contre la société, les chances d'obtenir une réparation sont très minces, voire nulles dès lors qu'on considère que l'entreprise en liquidation judiciaire est, en pratique, quasiment insolvable. Le recours contre l'assureur semble alors constituer la seule solution effective. Or, encore faut-il qu'un tel contrat soit souscrit et que le mandataire social soit assuré en responsabilité civile. De plus, l'origine du sinistre peut être délicat à prouver pour l'assuré et partant être source d'affrontements entre les cocontractants. En outre, la procédure est longue, les demandeurs doivent dans un premier temps agir contre la société, faire constater l'impossibilité de paiement des dommages et intérêts vue la situation financière de la société pour enfin se retourner contre l'assureur. Cette question semble donc délicate. Plusieurs pistes peuvent être explorées.

Pour les créanciers antérieurs. Tout d'abord, en principe les créanciers dont le préjudice est né antérieurement au jugement d'ouverture sont soumis à l'interdiction des paiements, leurs créances seront réglées à la clôture de la procédure, après règlement des éventuelles créances postérieures, sur le produit des actifs réalisés. Toutefois, ceci ne sera possible qu'une fois la créance déclarée au passif et être admis à concourir[2]. S'agissant d'une créance délictuelle, bien souvent son montant n'est pas définitivement fixé lors de l'état des créances, dans ce cas, elle doit être déclarée sur la base d'une évaluation[3].
Dans l'hypothèse où le dirigeant auteur de la faute a souscrit un contrat d'assurance, l'article L. 124-3 du Code des assurances prévoit que le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable. Il permet donc à la victime d'obtenir une indemnisation, quand bien même elle n'aurait pas déclarée sa créance. Cette indemnisation ne rentre pas dans le patrimoine du débiteur donc elle n'est pas soumise à la répartition.

Pour les créanciers postérieurs. La créance délictuelle étant à notre sens ni régulière, ni utile, ils devraient rejoindre le régime des créanciers antérieurs. Ils peuvent prétendre à l'indemnisation de leur créance par l'assureur. En effet, sous l'empire du droit antérieur à la

---

[1] V., Question n° 21888 de M. O. Marleix, publiée au JO le : 26 mars 2013, p. 3217. Réponse publiée au JO le 1er octobre 2013, p. 10371. Date de renouvellement : 10 septembre 2013.
[2] L'article L. 641-3, dernier alinéa du Code de commerce dispose que « les créanciers déclarent leurs créances au liquidateur selon les modalités prévues aux articles L. 622-24 à L. 622-27 et L. 622-31 à L. 622-33 ».
[3] Article L. 622-24, alinéa 2 du Code de commerce

loi de sauvegarde, l'article L. 113-6 du Code des assurances disposait que « l'assurance subsiste en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'assuré. L'administrateur ou le débiteur autorisé par le juge-commissaire ou le liquidateur selon le cas et l'assureur conservent le droit de résilier le contrat pendant un délai de trois mois à compter de la date du jugement de redressement ou de liquidation judiciaire. La portion de prime afférente au temps pendant lequel l'assureur ne couvre plus le risque est restituée au débiteur ». Cette disposition supprimée, désormais l'ouverture d'une procédure collective ne permet plus aux compagnies d'assurances de résilier les contrats en cours. En dehors de l'hypothèse de l'action directe, force est de constater que la victime d'un dommage se heurtera à l'insolvabilité de son auteur dans la mesure où la clôture pour insuffisance d'actif est l'issue la plus fréquente[1].

L'hypothèse des poursuites individuelles. Pour ces créanciers, la clôture de la procédure de liquidation judiciaire ne leur fait pas, en principe, recouvrer l'exercice individuel de leurs actions, laissant alors au débiteur une possibilité de « rebond ». Telle est la solution issue de l'article L. 643-11, alinéa 1er, du Code de commerce. Toutefois, il existe un certain nombre d'exceptions prévues par le texte[2], citons les actions portant sur des bien acquis au titre d'une succession ouverte pendant la liquidation judiciaire, la créance qui résulte d'une infraction au code pénal, celle qui porte sur des droits attachés à la personne du créancier, lorsque la créance a pour origine une fraude à l'assurance sociale, la reprise possible en cas de prononcé de la faillite personnelle du débiteur ou s'il a été reconnu coupable de banqueroute, en cas de fraude à l'égard des créanciers, etc. Donc finalement, il existe un certain nombre d'exceptions qui laissent subsister une possibilité pour le créancier de voir régler sa créance.

L'appréhension subjective de la responsabilité envisagée du côté du dirigeant laisse place à une appréhension matérielle axée sur le patrimoine.

Section 2 : L'appréhension matérielle de la responsabilité pour atteindre le patrimoine

La question patrimoniale est centrale en droit des procédures collectives. Elle implique sa nécessaire détermination, que ce soit par le débiteur ou le créancier, et impose de ce fait une discipline stricte et collective largement dérogatoire du droit commun. En effet, l'objet

[1] V., A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1056, p. 603.
[2] V., *infra* « La reprise des poursuites individuelles ».

primordial de la procédure collective était, et, dans une moindre mesure si sauver l'entreprise n'est pas possible, est encore aujourd'hui, de payer les créanciers avec comme assiette le patrimoine du débiteur.

Or, la nécessaire détermination du patrimoine possède de nombreuses conséquences : l'obligation de la déclaration des créances, les nullités de la période suspecte, l'interdiction des paiements, le respect du principe de proportionnalité, l'absence de réparation intégrale pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, etc.

Elle concerne aussi, pour le débiteur, le dessaisissement et donc la perte de l'administration et de la disposition de ses biens présents et futurs lors de l'ouverture de la liquidation judiciaire.

Elle concerne enfin l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et la remise en cause du principe d'unicité du patrimoine.

Or, cette question centrale intéresse la responsabilité civile. Elle l'intéresse à un double titre. D'une part, la responsabilité civile participera à la protection de certains créanciers participant au financement du débiteur. Elle sera alors utilisée non pas pour réparer un préjudice causé, mais pour préserver de l'actif. D'où un aspect négatif de l'utilisation (**Paragraphe 1**).

D'autre part, elle sera utilisée pour chercher de l'argent. Cet aspect est particulièrement présent pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée car il remettra en cause la dualité patrimoniale (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une atteinte négative pour les créanciers souteneurs

Le créancier qui apporte son concours, bien souvent il s'agira d'un établissement de crédit, est un partenaire nécessaire et indispensable de l'entreprise[1]. C'est un partenaire privilégié, qui est au cœur de la prévention des difficultés, de la lutte contre l'exclusion. À ce titre il possède un rôle d'intervenant économique et social majeur[2]. L'enjeu de sa responsabilité, parce qu'il détient des informations souvent décisives et des pouvoirs immenses quant à l'opportunité de la poursuite de l'exploitation, devient alors immense. Cependant, si l'activité bancaire est à haut risque, le prêteur sait s'en « prémunir, les maîtriser, les gérer, par une technique d'appréciation des risques, une politique de tri des clients et une

[1] Pour une approche globale de la situation antérieure à 2005, v., G.-A. Likillimba, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, BDE, Litec, 2e éd.

[2] V., Ph. Neau-Leduc, « Responsabilité du banquier et Droits de l'homme », *RD banc. et fin*. 2006, n° 6, p. 79.

pratique de prise de garantie[1] ». Mais dans ce cas, que devient l'objectif de sauvetage des entreprises ?

Pendant longtemps, le banquier d'un client qui souffre de difficultés s'est trouvé face à un dilemme, devait-il rompre son crédit au risque de voir engager sa responsabilité ou alors devait-il continuer à soutenir son client, au risque cette fois qu'on lui reproche un soutien artificiel ? Question légitime, d'autant plus que le montant des dommages et intérêts pouvait dépasser le montant des crédits octroyés ou rompus. Or, une responsabilité trop lourde ne peut qu'avoir des effets néfastes sur la distribution du crédit[2].

Nécessaire pour éviter que les comptes de l'entreprise ne périclitent, ce soutien peut amener le créancier à renflouer ses comptes, voire à indemniser les créanciers si le soutien se prolonge au delà de ce que les juges, *a posteriori,* considèrent comme raisonnable. Donc au delà d'une certaine limite, le risque devient juridique et économique, de sorte que « l'ambiguïté réside essentiellement dans cette analyse rétrospective qui lit dans les incertitudes du présent les vicissitudes du passé[3] ».

La mise en œuvre de la responsabilité du créancier ayant apporté son concours, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, elle s'analyse par *in concreto*, après une analyse rétrospective de la situation de l'entreprise au moment de l'octroi du crédit[4].

Or, face au risque pour le créancier qui apporte un concours de voir sa responsabilité engagée, celui-ci a obtenu par la loi de sauvegarde une *quasi* immunité, une permission de la loi, située à l'article L. 650-1 du Code de commerce. Si la peur tue l'action, il faut rassurer créanciers et banquiers pour qu'ils consentent du crédit, il faut supprimer ce « frein psychologique[5] ». Mais n'ont-t-ils pas obtenus plus que nécessaire ?

Le régime du soutien abusif s'est construit en deux temps, initialement fondé sur l'ancien article 1382 du Code civil (**A**), il fait l'objet, depuis 2005, d'une protection spécifique (**B**).

---

[1] J.-J. Daigre, « Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux poids, deux mesures ? », *RD banc. et fin.* 2005, n° 4, p. 3.

[2] V., N. Mathey et J. Stoufflet, « Loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 – commentaires des dispositions applicables aux concours financiers », *RD banc. et fin.* 2006, n° 1, p. 57.

[3] Ph. Neau-Leduc, « Responsabilité du banquier et Droits de l'homme », *RD banc. et fin*. 2006, n° 6, p. 78.

[4] D. Caramalli, « Réforme du soutien abusif de crédit : le point de vue du praticien », *LPA* 18 avril 2005, n° 76, p. 6.

[5] F.-J. Crédot et Y. Gérard, « Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif », *RD banc. et fin.* 2005, n° 5, p. 10.

A : De la responsabilité protectrice

Justification de l'utilisation de l'adjectif « protectrice ». Les chambres commerciales de la Cour de cassation ont construit une jurisprudence cohérente et équilibrée, elles ont affiné le tableau des limites de la responsabilité pour crédit abusif, de telle sorte que, protectrice des banques[1], les poursuites étaient vouées pour la plupart à l'échec[2]. Le résultat arriverait même à nous faire douter de l'utilité d'une irresponsabilité légale. En effet, si une Cour d'appel a pu retenir la responsabilité d'une banque pour soutien abusif au motif que : la banque a accordé, puis maintenu un découvert bancaire représentant le tiers du chiffre d'affaires et était de trois fois supérieur aux capitaux propres. Le résultat d'exploitation, déficitaire, la société n'était plus en mesure de remplir ses engagements financiers à l'égard d'une première banque. La société ne survécut que grâce au découvert de son compte courant dans les livres de la banque. En outre, son passif était considérable. Enfin, la banque ne pouvait ignorer que sa nouvelle cliente avait eu les plus grandes difficultés à respecter ses engagements à l'égard de la première banque. En dépit de tout cet énoncé, selon la Cour de cassation, ces motifs « sont impropres à caractériser que la société était lors de l'octroi des concours dans une situation irrémédiablement compromise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision[3] ». La Cour de cassation veillait, par sa jurisprudence, à limiter cette responsabilité bien que les actions, de nature délictuelle, restaient nombreuses et les condamnations beaucoup moins[4].

Deux fondements de condamnation possible. Seul l'abus avéré est condamnable, il s'agit, soit du soutien abusif, c'est à dire « les concours constitutifs d'un soutien artificiel, consentis ou maintenus en faveur d'une entreprise dont le prêteur connaissait la situation irrémédiablement compromise[5], trompant les tiers sur la solvabilité réelle de celle-ci[6] », soit

---

[1] V., J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », D., 2006, p. 1743

[2] V., R. Bonhomme, « La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives », *in Les droits et le Droit – Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 67.

[3] Cass., com., 17 novembre 2009, cassation n° 08-17.923, *Act. proc. coll.* 2012, n° 2, alerte 34.

[4] V., F.-J. Crédot et Y. Gérard, « Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif », *RD banc. et fin.* 2005, n° 5, p. 10.

[5] Sue cette notion, v., *infra* « La rupture de crédit aux entreprises en difficulté par le créancier ».

[6] P. Hoang, « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2012, p. 2034.

d'un crédit ruineux, c'est à dire un crédit « dont le montant et le coût sont incompatibles avec la situation financière de l'entreprise et ses capacités de remboursement, ainsi qu'avec sa rentabilité ou ses perspectives économiques[1] ».

La jurisprudence les définissait dans des termes semblables. Doit être reconnue responsable, la banque qui pratique une « politique de crédit ruineux pour l'entreprise devant nécessairement provoquer une croissance continue et insurmontable de ses charges financières, ou bien apporter un soutien artificiel à une entreprise dont elle connaissait ou aurait dû connaître, si elle s'était informée, la situation irrémédiablement compromise[2] ».

Les fautes dans l'octroi du crédit. Deux catégories de fautes marquent le caractère antiéconomique du crédit[3].

- Le soutien artificiel. Cette faute consiste pour la banque à avoir procuré à une entreprise des moyens qui lui ont permis de présenter une apparence trompeuse de solvabilité[4]. Certains éléments matériels peuvent amener les créanciers à prouver cette situation : l'activité du compte bancaire, les opérations enregistrées, les incidents de paiements, etc. Il fallait le plus souvent établir que le créancier a méconnu à son devoir de vigilance et de prudence[5].

Le soutien artificiel est caractérisé par la connaissance du créancier prêteur de la situation irrémédiablement compromise dans laquelle se trouve son débiteur. Cette situation est une notion de fait, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle doit exister au jour du soutien[6], elle peut exister aussi antérieurement, de sorte que la banque sollicitée pour l'octroi d'un crédit par une société qu'elle ne connaissait pas, « a nécessairement su, ou sinon aurait dû savoir », que le banquier habituel de cette société lui refusait son concours en raison de sa situation irrémédiablement compromise[7].

---

[1] P. Hoang, « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2012, p. 2034.

[2] Cass., com. 22 mars 2005, cassation n° 03-12.922, *D.* 2005, p. 1020, note Lienhard ; *RTD com*. 2005, p. 578, note D. Legeais ; *Gaz., proc. coll*. 2005/2, p. 32, note R. Routier ; *JCP E*, 2005, n° 47, chron. 1676, note L. Dumoulin ; *Rev., proc. coll*. 2005/4, p. 387, n° 2, note A. Martin-Serf.

[3] V., I. Urbain-Parleani, « L'octroi abusif de crédit », *RD banc. et fin.* 2002, n° 6, p. 365.

[4] V., D. Legeais, « Les actions en soutien abusif », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 4, dossier 27.

[5] V. Forray, « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RTD com.* 2008, n° 4, p . 661.

[6] Cass., com. 13 septembre 2011, rejet n° 10-20.760, *Act. proc. coll.* 2011, n° 16, alerte 267.

[7] Cass., com. 27 mai 2008, rejet n° 07-13.393, *Act. proc. coll.* 2008, n° 11, alerte 185 ; *Rev. proc. coll.* 2008, n° 4, comm.168, note A. Martin-Serf.

Mais cette situation ne se confond pas avec des difficultés passagères, ni avec une situation très dégradée.

- Crédit ruineux. Le créancier va accroître les crédits déjà consentis à l'entreprise ce qui, au delà d'améliorer sa trésorerie, augmentera son passif. Ainsi, les crédits ruineux sont ceux qui nécessairement et évidemment provoquent une croissance continue et insurmontable des charges financières[1].

Il est à noter que la banque, lors de l'octroi du crédit, doit prendre en considération la situation de la société emprunteuse mais également celle des sociétés auxquelles elle est liée, comme la filiale. Ainsi, dans l'hypothèse où la banque savait que les deux sociétés ne pouvaient supporter la charge des emprunts dans des conditions d'exploitation normales et que, par sa faute, elle a entraîné la cessation des paiements de la mère contractante. Il est possible d'en déduire que la banque a pratiqué une politique de crédit ruineux[2].

Le préjudice. Il tient en l'apparente solvabilité créée par le soutien abusif. Il peut être réparé dans l'intérêt collectif ou individuel des créanciers.

Le lien de causalité. Pour engager la responsabilité du prêteur, il faut pouvoir lui imputer une faute et être en mesure de prouver le lien de causalité, direct[3], entre cette faute et l'insuffisance d'actif[4].

La réparation. Les condamnations prononcées au titre de l'octroi abusif de crédit amènent les juges à faire preuve de modération. En effet, le prêteur ne doit réparer que l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a contribué à créer en retardant l'ouverture de la procédure collective[5].

---

[1] V., D. Legeais, « Les actions en soutien abusif », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 4, dossier 27.

[2] Cass., com. 8 janvier 2013, rejet n° 11-27.120, *Act. proc. coll.* 2013, n° 3, alerte 43 ; *RD banc. et fin.* 2013, n° 4, p. 123, note F.-J. Crédot et T. Samin ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 6, comm.180, note A. Martin-Serf.

[3] Cass., com. 23 avril 2013, rejet n° 12-22.843, *Act. proc. coll.* 2013, n° 9, alerte 128 ; *RD banc. et fin.* 2013, n° 4, comm.122, note F.-J. Crédot et T. Samin ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 6, comm.181, note A. Martin-Serf.

[4] CA Nancy, Ch., com. 2 octobre 2002, n° 99/01024, *RD banc. et fin.* 2004, n° 1, comm.34, note F.-X. Lucas.

[5] V., Cass., com. 22 mars 2005, cassation n° 03-12.922, précité. Confirmation par : Cass., com. 16 mars 2010, cassation n° 09-11.550, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 3, comm.120, note A. Martin Serf ; *RD banc. et fin.* 2010, n° 4, comm. 128, note F.-J. Crédot et T. Samin et Cass., com. 13 septembre 2011, cassation n° 10-30.766, *Act. proc. coll.* 2011, n° 16, alerte 258 ; *Bull. Joly* 2011, n° 12, p. 1008 et Cass., com. 23 avril 2013, rejet n° 12-22.843, précité.

Quant au montant de l'aggravation, il est égal à la différence entre le montant de l'insuffisance d'actif à la date à laquelle le juge statue et le montant de l'insuffisance d'actif au jour de l'octroi du soutien abusif[1].
Les sommes recouvrées sont réparties au marc le franc, sans compensation possible avec la créance du banquier condamné sur le débiteur en liquidation judiciaire[2].

La preuve. Le demandeur doit prouver que la banque avait sur la situation financière de l'entreprise, des informations que lui-même ignorait.

La prescription. Aujourd'hui quinquennale, celle-ci court à compter soit du jour de la connaissance par les créanciers du principe du dommage et de son imputabilité aux concours financiers consentis par la banque qui a contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif[3] soit à compter de la date d'ouverture de la procédure collective, dès lors que la réalisation du dommage pouvait être connue à cette date[4].
Cette solution devra se combiner avec les comportements sanctionnables tirés de la fraude, de l'immixtion caractérisée et de la prise de garanties disproportionnées.

L'arrêt du 27 mars 2012 reprend ces solutions. Cette savante construction jurisprudentielle paraissait perdre, dès 2005, son intérêt pour l'avenir. Il aura fallu attendre l'année 2012 pour que la jurisprudence lui redonne toute applicabilité[5]. L'arrêt du 27 mars a l'effet d'un pont entre les solutions antérieures à l'entrée en vigueur de l'article L. 650-1 du Code de commerce et celles qui lui confèrent une irresponsabilité de principe. Ce faisant, il

---

[1] Cass., com. 22 mars 2016, cassation n° 14-10.066, *RD banc. et fin.* 2016, n° 4, comm.153, note F.-J. Crédot et T. Samin.
[2] Cass., com. 7 avril 2009, n° 08-10.427, *RTD com.* 2009, p. 809, note A. Martin-Serf ; *Rev. proc. coll.* 2009, n° 9, comm.177, note A. Martin-Serf.
[3] Cass., com. 7 septembre 2010, cassation n° 09-10.453, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, comm.21, note A. Martin-Serf.
[4] Cass., com. 11 mai 2010, cassation n° 09-12.906, *RD banc. et fin.* 2010, n° 6, comm.207, note F.-J. Crédot et T. Samin ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, p. 21, note A. Martin-Serf.
[5] Cass., com. 27 mars 2012, rejet n°10-20.077, *Rev. sociétés*, 2012, p. 398, note Ph. Roussel Galle ; *D.* 2012, p.1455, note R. Dammann ; *D.* 2012, p. 2034, note P. Hoang ; *RTD com.* 2012, p. 384, note D. Legeais ; *Rev. sociétés*, 2013, p. 91, note I. Riassetto ; *D.* 2012, p. 2196, note F.-X. Lucas ; *D.* 2012, p. 1573, note P. Crocq ; *JCP G* 2012, n° 22, p. 635, note S. Piedelièvre ; *JCP E* 2012, p. 1274, note D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 2012, p. 16, note R. Routier ; *Banque et Droit* n° 143, mai-juin 2012, p. 22, note Th. Bonneau et p. 44, note N. Rontchevsky ; *LPA* 10 mai 2012, n° 94, p. 9, note A. Dadoun ; *LPA* 24 juillet 2012, n° 147, p. 18 ; *Bull. Joly* 2012, p. 493, note Ph. Pétel *BJE* 2012, p. 176, note Th. Favario ; *LEDEN* 10 mai 2012, n° 5, p. 5, note N. Borga. Arrêt confirmé par la suite : v., Cass., com. 11 décembre 2012, cassation n° 11-25.795, *LEDEN* 2013, n° 2, p. 5, note T. Favario.

combine le spectre de l'action en soutien abusif[1] avec des cas stricts d'ouvertures de la responsabilité. Instaurant pour certain une responsabilité pour faute double[2].
La solution de principe dégagée par cet arrêt est nette, « les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises, que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs ». Cette solution, paradoxalement, renforce un dispositif légal dont l'objet était de faire disparaître sa construction jurisprudentielle. La Cour a donc inversé le processus déjà inversé en 2005, mais cela, ne doit pas raviver la crainte des prêteurs, car elle alourdit la charge du demandeur, et « choisit d'épauler le législateur et de donner son plein effet au principe de non-responsabilité des dispensateurs de crédit[3] ».

Quoi qu'il en soit, le droit de la responsabilité civile ne s'écarte pas, il doit se combiner avec le droit spécial des procédures collectives, prouvant par là son utilisation et son adaptabilité.

B : À l'irresponsabilité déliée

Énoncé du principe d'irresponsabilité. Issu de la loi de sauvegarde des entreprises[4], l'article L. 650-1 du Code de commerce énonce deux règles. La première, « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ». La seconde, « pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge ». Il s'agit d'un article isolé, hors chapitre, dont le message fondamentalement

[1] V., J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », D., 2006, p. 1743
[2] V., A. Dadoun, « Soutien abusif : la responsabilité pour faute… Double », *LPA* 10 mai 2012, n° 92, p. 9.
[3] P. Hoang, « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2012, p. 2034.
[4] V., S. Piedelièvre, « La loi de sauvegarde des entreprises », *JCP N* 2005, n° 39, p. 1397.

économique[1] est de limiter, d'aucuns diront faire disparaître, la responsabilité du banquier. L'objectif est atteint.

Constitutionnalité du principe. Cette disposition ne contrevient pas au bloc de constitutionnalité[2], bien qu'il instaure une sécurité « exorbitante » pour les créanciers puisqu'il renverse le principe de l'ancien article 1382 du Code civil[3]. Il a vocation à s'appliquer à toutes les procédures collectives de traitement, mais nous pouvons douter de son applicabilité en sauvegarde, car le débiteur dans ce cadre doit rembourser ses dettes, de sorte que le préjudice subi par les créanciers sera difficile à prouver[4].

Application dans le temps. Cet article n'est applicable qu'aux seules procédures ouvertes après le 1er janvier 2006, peu important que les faits reprochés au banquier soient antérieurs à cette date[5].

Compétence. Les exceptions au principe d'irresponsabilité visées par ce texte ne sont pas propres aux procédures collectives et ne conduisent pas à considérer que l'action est liée à la procédure collective, en dépit du fait qu'elle relève d'un texte du livre VI du Code de commerce. En effet, la responsabilité d'un créancier à raison des concours consentis peut être engagée en dehors d'une procédure collective. Ainsi, l'article L. 650-1 pose des conditions

---

[1] V., F. Vauvillé, « Le nouveau Titre V des responsabilité et des sanctions », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 4, p. 345.

[2] Cons., const. 22 juillet 2005, DC n° 2005-522, précité. Cela peut paraître paradoxal dans la mesure où l'action en responsabilité civile est elle-même constitutionnelle, v., Cons., const. 9 novembre 1999, DC n° 99-419, précité. En réalité l'irresponsabilité est constitutionnelle car elle répond à un motif d'intérêt général. Notons aussi que la conventionnalité de l'article L. 650-1 « ne va pas de soi », qu'elle n'est pas assurée, notamment au regard de la protection des droits et libertés d'autrui, le droit à un procès équitable, à un recours effectif… v., R. Routier, « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde », *D.* 2005, p. 1478.

[3] R. Bonhomme, « La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives », *in Les droits et le Droit – Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 65.

[4] V., R. Dammann, « La responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du code de commerce : la fin des incertitudes », *D.* 2012, p. 1455.

[5] V., Cass., com. 8 janvier 2008, rejet n° 05-17.936, *RD banc. et fin.* 2008, n° 3, comm.69, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2008, n° 4, comm.170, note A. Martin-Serf. Aussi, Cass., com. 19 juin 2012, rejet n° 11-18.940, *D.* 27 juin 2012, actualité, note A. Lienhard et p. 2196, note F.-X. Lucas et P. 2034, note P. Hoang ; *Rev. sociétés* 2012, p. 535, note Ph. Roussel-Galle ; *RTD com.* 2012, p. 829, note D. Legeais ; *RD banc. et fin.* 2012, n° 6, comm.187, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 3, comm.91, note A. Martin-Serf ; *LPA* 15 avril 2013, n° 75, p. 13, note A.-F. Zattara-Gros.

qui ne sont pas propres à cette procédure, de sorte que cette action n'est pas née de la procédure collective ou soumise à son influence juridique[1].

Puisque les solutions antérieures sont conservées, celles que nous venons de décrire se combinent avec celles qui suivent.

L'article L. 650-1 du Code de commerce cristallise donc des solutions qui, selon nous, ont pourtant besoin, vu le développement économique et le développement de la dématérialisation, d'évoluer. Étudions successivement le domaine de l'irresponsabilité relativement aux personnes (**1**), aux concours (**2**) ainsi qu'aux causes de déchéances (**3**).

1 : Le domaine relatif aux personnes

Les créanciers. L'article L. 650-1 ne vise pas uniquement les établissements de crédit, même si en pratique il s'agira surtout des prêteurs, ce qui rend le texte d'autant plus acceptable puisqu'il ne consacre pas réellement l'irresponsabilité des prêteurs, mais ce faisant il rend irresponsable « tous » les créanciers qui ont apporté leur concours. Il peut s'agir d'une caisse de mutualité sociale agricole[2], et des organismes sociaux qui accordent des délais de paiement, comme l'URSSAF, le Trésor, ou les CODEFI[3]. Le créancier peut aussi être une filiale ou une société mère, un fournisseur[4]. Il peut s'agir aussi des autorités publiques pour l'aide accordée aux entreprises en difficulté[5] d'un franchiseur, du concédant, ou encore de la Poste[6].

Un lien de droit doit exister entre créancier et entreprise en difficulté.

La victime. Antérieurement, la victime n'était pas privée de tout recours pour le préjudice découlant des agissements couverts par l'exonération, l'État pouvait prendre le

---

[1] Cass., com. 12 juillet 2016, cassation n° 14-29.429.

[2] Cass., com. 10 décembre 2003, cassation n° 01-03.746, *D.* 2004, p. 136, note X. Delpech ; *RTD civ.* 2004, p. 736, note J. Mestre ; *RTD com.* 2004, p. 139, note D. Legeais ; *Dr. social* 2004, p. 1046, note G.-A. Likillimba ; *RC et ass.* 2004, n° 3, comm.58 ; *JCP G* 2004, n° 15, II, 10057, note A. Bugada ; *RD banc. et fin.* 2003, n° 4, comm.109, note F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *Revue de droit rural* 2007, n° 356, étude 33, note T. Tauran.

[3] V., A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 495, p. 310.

[4] V., V. Forray, « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RTD com.* 2008, n° 4, p . 661.

[5] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 242, p. 122

[6] V., J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », D., 2006, p. 1743

relais lorsque la banque était responsable et indemniser la victime. Tel n'est plus le cas avec l'article L. 650-1[1].

Pour le Conseil constitutionnel, l'adoption de cet article ne porte pas « atteinte au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction[2] », il nous paraît cependant difficile de ne pas voir une atteinte, dès lors que les agissements du créancier entreront dans le cadre exonératoire. Mais, puisqu'est décidé que le droit au recours est préservé, il faut semble-t-il en déduire qu'il sera malgré tout possible, à défaut de la reconnaître, d'engager la responsabilité du créancier ayant fourni un concours.

Celui qui subit un préjudice peut, *a priori*, engager la responsabilité du créancier. Au titre des personnes ayant un intérêt à agir, nous pouvons citer le créancier antérieur, le débiteur, un groupe de société[3], ou encore des bénéficiaires de sûretés.

En droit commun, l'emprunteur recherchera la responsabilité contractuelle de son banquier. Toutefois, dès lors qu'on se situe dans le cadre de la procédure collective, le créancier pourra invoquer l'article L. 650-1 du Code de commerce et avec lui le principe d'irresponsabilité. Donc, si le débiteur est demandeur, il sera assisté de l'administrateur ou du liquidateur judiciaire. C'est à lui d'apporter la preuve de l'abus dans le soutien : le concours fautif, le préjudice qu'il subi et le lien de causalité ; ainsi qu'une cause de déchéance de la responsabilité.

- **La caution.** La caution peut intenter une action sur le fondement de l'article L. 650-1[4].

Il faut néanmoins distinguer selon la qualité, profane ou avertie, de la caution, qualité qui doit être prouvée par le créancier. La distinction entre celle qui est avertie et celle qui ne l'est pas doit « s'opérer en rapprochant les spécificités de l'opération de crédit, notamment son niveau de complexité et de risque, de critères personnels tels l'âge, la formation, la profession et l'expérience[5] ».

---

[1] R. Routier, « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif – commentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.* 10 septembre 2005, n° 253, p. 33.
[2] Cons., const. 22 juillet 2005, DC n° 2005-522, précité.
[3] Cass., com. 8 janvier 2013, rejet n° 11-27.120, précité.
[4] Cass., com. 27 mars 2012, rejet n° 10-20.077, précité.
[5] R. Routier, « Banques », *Gaz. Pal.* 22 janvier 2009, n° 22, p. 22, note sous CA Paris, 15e Ch. B. 3 juillet 2008, n° 06/20946.

Or, selon une jurisprudence constante, la responsabilité du prêteur est écartée dès lors que la caution possède la qualité de caution dite avertie[1]. Sauf à celle-ci de prouver qu'elle ignorait la véritable situation de l'entreprise ou le caractère ruineux du crédit, soit par suite de circonstances exceptionnelles, soit du fait d'une asymétrie d'information avec la banque[2].
Il n'est pas certain, vu ses conditions d'application, qu'elle ait intérêt à invoquer ce texte. Sans doute vaudrait mieux pour elle de se fonder sur le droit commun, comme le non respect du principe de proportionnalité qui ne distingue pas selon la qualité de la caution[3], ou le manquement de la banque à son devoir de mise en garde[4]. Sachant que le défaut de mise en garde de la caution et le soutien abusif de la société ne constituent pas des causes d'annulation des cautionnements souscrits par les cogérants[5].

- **Le coemprunteur**. Antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article L. 650-1 du Code de commerce, l'emprunteur averti ne pouvait pas reprocher, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, à l'établissement de crédit un soutien abusif[6]. Désormais, le coemprunteur *in bonis* d'un prêt accordé par la banque, actionné en paiement suite à la liquidation judiciaire du débiteur, peut intenter une action en soutien abusif contre l'établissement de crédit. Mais, cela peut se retourner contre lui car le créancier est fondé « à se prévaloir des dispositions de l'article L. 650-1 du code de commerce qui écartent la responsabilité des créanciers[7] ».

---

[1] V., Cass., com. 22 mai 2007, cassation n° 05-21.703, *RD banc. et fin.* 2007, n° 5, p. 50, note D. Legeais. Confirmé par la suite: v., Cass., com. 17 décembre 2013, rejet n° 12-21.391 ; et encore récemment v., Cass., com. 28 janvier 2014, cassation n° 12-27.703, *RD banc. et fin.* 2014, n° 4, comm. 128, note F.-J. Crédot et T. Samin ; *D.* 2014, p. 1010, note A.-C. Le Bras ; *RTD civ.* 2014, p. 361, note H. Barbier.
[2] P. Hoang, « Les actions de droit commun du coemprunteur *in bonis* emportées dans la spirale de l'irresponsabilité du prêteur ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 16.
[3] L'article L. 332-1 du Code de la consommation dispose que : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».
[4] En effet, l'article L. 650-1 du Code de commerce n'est pas applicable à l'action de la caution qui reproche au banquier un manquement à son devoir de mise en garde. V., CA Orléans, Ch., com. éco. et fin. 26 novembre 2009, n° 09/01040, *RD banc. et fin.* 2011, n° 2, comm.48, note D. Legeais.
[5] CA Limoges, 11 décembre 2014, n° 13/01474, *Bull. Joly* 2015, n° 3, p. 148.
[6] V., Cass., com. 14 mai 2008, rejet n° 07-17.939, *Act. proc. coll.* 2008, n° 11, alerte 183.
[7] Cass., com. 17 septembre 2013, rejet n° 12-21.871, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 16, note P. Hoang et n° 3, comm. 89, note A. Martin-Serf.

2 : Le domaine relatif aux concours

La notion de concours. Le concours ne se réduit pas au crédit. Il est un moyen de trésorerie auquel sont assimilés les délais de paiement[1] ; les prêts, de restructuration ou autres ; les ouvertures de crédits ; les autorisations de découvert ; les augmentation de crédit ; les crédits d'escompte ; les crédits résultant d'une cession de créance[2], ou encore le financement de la création ou de l'acquisition d'une entreprise[3].
Toutefois, une prise de participation au capital d'une société ne peut y être assimilé, car l'actionnaire n'est pas un tiers comme peut l'être le créancier[4]. Il ne s'agit donc pas que d'un apport d'argent frais.

Le moment du concours. Aucune condition tenant à la durée des concours, ni au moment d'octroi n'est indiquée dans le texte, ce qui est susceptible de soulever des difficultés lorsque le concours a été octroyé à un moment où l'entreprise était *in bonis*. Selon nous, le lien de causalité entre l'octroi du concours et l'aggravation des difficultés, qui n'existaient pas à l'origine, semble être inexistant, et de ce fait rendre l'article L. 650-1 inapplicable, sauf preuve rapportée d'un crédit ruineux.

La notion de concours consentis. L'expression « concours consentis » implique l'exclusion de la responsabilité pour rupture abusive de crédit car il ne traite que de l'octroi d'un crédit, non pas de sa dénonciation[5]. Elle implique aussi l'exclusion de toutes autres actions pour lesquelles le débiteur n'est pas soumis à une procédure collective, qui restent donc soumises au droit commun dégagé par les tribunaux relatif au devoir de mise en garde.

Le fait des concours. Il semble qu'il faille distinguer le préjudice du fait des concours de l'article L. 650-1 de celui qui résulte d'une rupture de concours. Or, si effectivement le

---

[1] Cass., com. 16 octobre 2012, rejet n° 11-22.993, *D.* 25 octobre 2012, note A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2012, p. 730, note Ph. Roussel Galle ; *RTD com.* 2012, p. 829, note D. Legeais ; *JCP E* 2012, n° 49, p. 1735, note D. Legeais ; *Act. proc. coll.* 2012, n° 19, alerte. 293, note C. Regnaut-Moutier.
[2] V., J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », D., 2006, p. 1743.
[3] Cass., com. 3 novembre 2015, rejet n° 14-10.274, *RTD com.* 2015, p. 726, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 3, comm.100, note A. Martin-Serf.
[4] TGI Valence, 7 mai 2008, n° 06/000111, *RD banc. et fin.* 2008, n° 6, comm.163, F.-J. Crédot et T. Samin.
[5] V., *infra* « La rupture de crédit aux entreprises en difficulté par le créancier ».

législateur n'a pas souhaité protéger particulièrement le prêteur dans cette hypothèse, force est de constater lorsque l'entreprise est en difficulté que cette situation créée une certaine protection pour le créancier prêteur[1].
En outre, le « fait des concours » semble empreint d'objectivité, ne peut-on pas alors y voir une irresponsabilité spéciale du fait des choses[2] ?

La notion de concours fautifs. Condition préalable à la recherche des cas limitatifs, leur signification emporte « renaissance » de la jurisprudence relative au soutien abusif. Il convient alors pour le demandeur de prouver la faute, qui est la même que celle avant la l'entrée en vigueur de l'article L. 650-1, le préjudice et le lien de causalité.

Dès lors que la responsabilité a été reconnue sur l'un, ou plus, des trois fondements présentés ci-après, et le respect des conditions relatives à la preuve de la faute dans le concours, le créancier qui aura apporté son concours pourra être condamné à verser des dommages et intérêts. Il pourra aussi voir sa garantie réduite ou annulée par le juge.

3 : Le domaine relatif aux causes de déchéances de la responsabilité

Le domaine de la responsabilité du banquier, est cantonné. Trois « obstacles supplémentaires[3] », appréciés strictement[4], doivent être franchis par le demandeur pour que soit retenue la responsabilité du créancier pour soutien abusif.
Il s'agit de conditions prérequises permettant au droit commun de retrouver applicabilité. Ainsi, la responsabilité civile du banquier pour soutien abusif est subordonnée à la

[1] V., J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », D., 2006, p. 1743.
[2] V., *infra* « Le « fait des concours » : le fait d'une chose ? ».
[3] R. Dammann, « La responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du code de commerce : la fin des incertitudes », *D.* 2012, p. 1455.
[4] Une Cour d'appel a pu estimer, sans contester que la banque ait eu connaissance des difficultés de l'entreprise et qui avait octroyé un crédit destiné non pas « à renforcer la structure financière de l'emprunteur », mais à « couvrir les échéances impayées et le solde du compte bancaire », ce qui aurait dû la conduire à s'informer et à exiger de la part de son client des éléments d'information sur son état financier général, que ces faits ne caractérisent ni la fraude, ni l'immixtion caractérisée, ni la prise de garanties disproportionnées. Il revient pour le demandeur à qualifier la faute de la banque. CA Pau, 2e Ch., sect. 1, 20 septembre 2010, n° 08/04106, *Act. proc. coll.* 2011, n° 2, alerte 40.

démonstration préalable d'un cas d'ouverture[1]. Il peut s'agir de la fraude (**a**), de l'immixtion caractérisée (**b**) ou de la prise de garanties disproportionnées (**c**).

a : La fraude

La fraude est un concept à géométrie variable, comme peut l'être la faute de gestion[2]. Elle n'est pas inconnue du droit des procédures collectives[3], et sa présence comme condition ne surprend pas, elle n'est que l'application de l'adage *fraus omnia corrumpit.* La fraude relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[4].

Son objectif. Elle vise à éviter que des manœuvres ne soient exercées par le créancier qui consentirait un crédit dans un but autre que celui de maintenir l'activité de l'entreprise ou d'assurer sa pérennité[5]. Elle implique donc de poursuivre ses intérêts personnels au détriment de l'intérêt de l'entreprise[6].

Ce qu'elle n'est pas. Selon la Cour de cassation, l'autorisation de découvert donnée en contrepartie de l'obtention de l'engagement de caution solidaire, dans le but d'obtenir pour la banque une sûreté personnelle, rompant ainsi l'égalité entre les créanciers, ne caractérise pas l'intention frauduleuse[7]. En effet, l'exception de responsabilité pour fraude étant d'application stricte, elle suppose l'utilisation par l'établissement de crédit de procédés frauduleux dans l'octroi d'un crédit, dans l'intention de promouvoir une stratégie de désengagement et la sécurisation de ses intérêts propres, autrement dit une volonté de la banque de poursuivre, non pas la pérennisation de l'entreprise en difficulté, mais seulement son désengagement et la sécurisation de son risque de prêteur. En conséquence, la fraude

---

[1] Cass., com. 10 mars 2012, rejet n° 10-20.077, *LPA* 24 juillet 2012, n° 147, p. 18, note E. Garaud.
[2] V., *infra* « L'appréhension de la faute de gestion par la Cour de cassation » et « L'objectivation de la faute de gestion ».
[3] V., les articles L. 620-2, L. 624-13, L. 631-8 et L. 643-11 du Code de commerce.
[4] Cass., com. 16 octobre 2012, rejet n° 11-22.993, précité.
[5] F.-J. Crédot et Y. Gérard, « Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif », *RD banc. et fin.* 2005, n° 5, p. 10.
[6] CA Orléans 13 janvier 2011, n° 10/01319, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, comm.205, note A. Martin-Serf.
[7] Cass., com., 27 mars 2012, cassation n° 11-13.536, *RLDA* 2012, n° 73, note D. Robine ; *JCP G* 2012, n° 22, p. 636, note F. Boucard ; *JCP* E 2012, n° 23, p. 39, note J. Stoufflet ; LEDEN 10 mai 2012, n° 5, p. 5, note T. Favario.

implique un comportement se situant au delà de l'abus. Elle exclut, *a fortiori* l'erreur, l'imprudence ou la négligence.

Ce qu'elle est. Elle est plus qu'une faute lourde, en effet « la fraude en matière civile ou commerciale ne se démarque guère de la fraude pénale, il s'agit d'un acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive ». Il peut donc s'agir d'une fraude à la loi ou une fraude aux droits des tiers[1].

Cette définition de la fraude n'offre guère de possibilité d'agir[2], ou alors sur le fondement du droit pénal[3].

b : L'immixtion caractérisée

Une direction de fait. Cette notion renvoie à la direction de fait, c'est à dire l'exercice en toute indépendance d'une activité positive de direction[4]. Cette qualité est une notion déjà connue du droit des procédures collectives, notamment à l'article L. 651-2 du Code de commerce.

Par exemple, caractérise une immixtion le fait pour une banque de proposer à un débiteur de lui consentir un prêt pour apurer ses propres dettes avec de meilleures garanties et pour lui éviter de déposer son bilan[5].

Or, une question se pose. En liquidation judiciaire, le créancier prêteur qualifié de dirigeant de fait au regard de l'article L. 651-2, peut-il soulever l'exception tirée de l'article L. 650-1 ?

Au delà des conditions tenant à la faute, et à la condamnation plurale, en théorie rien ne l'empêche, si une action en responsabilité pour insuffisance d'actif est intentée, le créancier

---

[1] Cass., com. 2 octobre 2012, rejet n° 11-23.313, *RTD com.* 2012, p. 829, note D. Legeais ; *RD banc. et fin.* 2012, n° 6, comm.187, note D. Legeais ; *JCP E* 2012, n° 49, p. 1735, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 3, comm.92, note A. Martin-Serf.

[2] V., D. Legeais, « Responsabilité bancaire. Portée des exceptions au principe de non responsabilité bancaire. Article L. 650-1 du code de commerce », *RTD com.*2013, p. 829.

[3] V., D. Legeais, « Les actions en soutien abusif », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 4, dossier 27.

[4] Cass., com. 12 juillet 2005, cassation n° 02-19.860, *D.* 2005, p. 2950, note J.-C. Hallouin et p. 2002, note A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2005, p. 913, note J.-P. Sortais. Sur la nécessité d'un acte positif, v., CA Bordeaux, 30 mai 2014, n° 12/04242, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 4, chron 1, note M. Lecène-Villemonteix.

[5] CA Caen, 25 octobre 2012, n° 11/03403, *Act. proc. coll.* 2013, n° 3, alerte 42.

qui a consenti un concours peut se prévaloir des dispositions qui lui sont favorables et apporter la preuve qu'il n'a y a pas d'immixtion caractérisée.
En pratique, cela ne semble pas être dans son intérêt car la preuve de la direction de fait n'implique pas nécessairement celle de l'immixtion caractérisée, puisqu'elle est entendue plus largement. Alors que la preuve de l'absence de direction de fait implique celle de l'immixtion caractérisée.

Une direction de fait caractérisée. Encore faut-il quelle soit caractérisée, sinon un conflit existerait entre l'irresponsabilité du prêteur et la responsabilité des dirigeants de fait[1]. Le terme caractérisé semble signifier qu'elle s'est accompagnée de manœuvres, telle des pressions exercées sur le dirigeant de droit afin qu'il favorise ce créancier plutôt qu'un autre. Ce qui est répréhensible puisque les concours seraient alors consentis avec contrepartie et dans un intérêt personnel.

c : La prise de garanties disproportionnées par rapport au concours consenti

La pratique de prise de garantie, ne doit pas faire l'objet d'abus manifeste, or la tendance pour les banques est à la prise de garanties au delà de ce qu'elles ont effectivement besoin, de sorte que l'exigence de garantie excessive n'est pas en elle-même fautive. D'où la difficulté d'appréciation de cette faute.

Un cas de responsabilité justifié. La disproportion implique qu'on ne peut plus parler de concours consentis. L'accord, ne représente que la volonté de la partie forte, au détriment du débiteur. Or, ce manque d'équivalence entre le concours et la garantie sera sanctionné car il attise les difficultés du débiteur, si le garanti, bien souvent le dirigeant lui-même, est non-averti, ce qui sera rarement le cas dans le mesure où le dirigeant est considéré comme tel du fait de son statut.

Sur la notion de garantie. Le terme de garantie déborde celui des sûretés. Dès lors, sont des garanties, les sûretés personnelles, réelles, la délégation imparfaite, la promesse de porte-fort, les lettres d'intention, la cession Dailly, la clause de réserve de propriété[2]. La

[1] V., R. Routier, « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif – commentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.* 10 septembre 2005, n° 253, p. 33.
[2] V., J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », D., 2006, p. 1743

garantie autonome peut poser des difficultés en raison de l'absence de lien de causalité entre la garantie exigée et les difficultés de l'entreprise[1]. En effet, son caractère personnel ne semble pas pouvoir contribuer aux difficultés financières.

Appréciation de la disproportion. Le rapport habituellement examiné pour sa recherche « n'est pas celui des sûretés et du crédit qu'elles garantissent, mais celui des sûretés prises et des capacités du garant à les honorer[2] ». La connaissance du créancier de la situation du garant ne suffit pas à retenir la responsabilité du premier.

Deux hypothèses en pratique. Deux cas de figure peuvent se présenter[3], soit la faute du créancier résultera de l'existence d'une garantie, excessive au regard du concours consenti, soit, plus fréquemment, le créancier se sera vu consentir plusieurs garanties, dont l'addition caractérisera la disproportion[4].

Appréciation. La disproportion s'apprécie objectivement, par rapport aux concours consentis.
Le cautionnement, pris isolément, ne semble donc pas s'inclure dans le domaine de la garantie prévue par l'article L. 650-1 du Code de commerce. Il pourra l'être dans l'hypothèse d'une pluralité de garanties[5].

4 : Le domaine relatif aux effets

De la nullité. Le second alinéa de l'article L. 650-1, dispose que pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge. Cette sanction accessoire car attachée au succès de l'action en responsabilité, fut modifiée par l'ordonnance de 2008. Sous l'empire de la loi

---

[1] G. Piette, « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDC* juin 2006, n° 28, p. 28.
[2] R. Bonhomme, « La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives », *in Les droits et le Droit – Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 69.
[3] V., G. Piette, « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du Code de commerce », *op. cit*.
[4] Cass., com. 13 janvier 2015, cassation n° 13-25.360, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, comm.74, note A. Martin-Serf.
[5] V., G. Piette, « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du Code de commerce », *op. cit*.

de sauvegarde, la solution était différente, l'alinéa second ne faisait référence qu'à la seule possibilité de déclarer nulle la garantie, ce qui, en cas de responsabilité du prêteur, entraînait la perte de la sûreté. Cette sanction plaçait donc le créancier dans une situation délicate, car elle anéantissait de plein droit et rétroactivement sa garantie et l'obligeait à restituer les sommes perçues. Or, ces sommes entraient dans le patrimoine du garant qui, bien souvent, est aussi le débiteur ; ce qui finalement profitait au gage commun. Tel n'est plus nécessairement le cas aujourd'hui, une double possibilité étant laissée à l'appréciation du juge.
Il faut donc que cette garantie ait été prise en « contrepartie des concours ». Cela suppose que ces derniers soient subordonnés à celle-ci, ce qui semble exclure les garanties postérieures.

À la réduction. Désormais, se pose la question de savoir si pour obtenir la réduction ou l'annulation de la garantie, les conditions limitatives posées à l'alinéa premier doivent être remplies ou non. Autrement dit, cette possibilité concerne-t-elle que la prise de garanties disproportionnées ou a-t-elle vocation à s'appliquer pour les trois causes de déchéance de la responsabilité ? Selon nous, peu importe le fondement recherché, dès lors que l'irresponsabilité du créancier sera levée, la question de la réduction ou de l'annulation de la garantie sera posée, puisque pratiquement aucun concours ne se réalise sans prise de garantie. Par conséquent, si le juge est amené à annuler la garantie, le créancier qui a apporté son concours se retrouve relégué au rang des créanciers chirographaires, ce qui évite qu'il ne soit payé par priorité[1].

Une double sanction. La victime qui engage la responsabilité du créancier pour soutien abusif pourra obtenir, par principe des dommages et intérêts correspondant à l'aggravation de l'insuffisance d'actif et celui qui aura consenti une sûreté pourra voir celle ci réduite libérée. Si les deux situations se confondent sur la tête d'une même personne, les deux sanctions pourront s'appliquer[2].
Donc, à la responsabilité pour faute double est instituée une double sanction. Or, selon nous, les dommages et intérêts viennent en réparation des concours fautifs, et la sanction en rétribution du comportement sanctionné.

[1] V., D. Robine, « L'article L. 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? », *D.* 2006, p. 69.
[2] V., R. Routier, « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif – commentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.* 10 septembre 2005, n° 253, p. 33.

Nature de la nullité. Dans la mesure où pour asseoir l'irresponsabilité le Conseil constitutionnel s'est fondé sur l'intérêt général, nous estimons que la nullité doit être qualifiée d'absolue[1].

Une question demeure en suspens, celle de la conventionnalité d'une disposition qui limite la responsabilité d'un professionnel pour ses actes fautifs. Nous nous garderons d'émettre une quelconque hypothèse, l'intérêt général, notion fourre-tout laissée à l'appréciation des États pourrait posséder une valeur supérieure au droit à un procès équitable. Si l'atteinte patrimoniale est négative pour le créancier ayant consenti un concours, elle est positive pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Paragraphe 2 : Une atteinte positive pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

Le 15 juin 2010 a été adoptée la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée[2], ci-après nommé EIRL. « Tournant du droit », « révolution de papier », les adjectifs n'on pas manqué pour les premiers commentateurs[3]. Quoi qu'il en soit, le terme désormais utilisé ne fait pas référence à l'entreprise personne morale, mais à l'entrepreneur personne physique. Ce changement est fondamental. En effet, désormais une personne physique aura la possibilité de posséder un ou plusieurs autres patrimoines à côté de son patrimoine personnel. Rompant avec le principe d'unicité, l'article L. 526-6 du Code de commerce, prévoit dans son alinéa 1er que « tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale ». Ce texte permet dont la création d'un « autre » patrimoine, véritable universalité de droit, affecté à l'activité professionnelle, sans qu'il y ait création d'une personne morale.
Adopté dans le souci de promouvoir l'initiative économique, par la limitation des risques, cette loi a consacré une innovation pour laquelle « nous ne mesurons certainement pas l'ampleur des bouleversements qu'elle va opérer[4] », notamment en droit des procédure

[1] *Contra*, P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 834.19, p. 2509.
[2] Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.
[3] Th. Revet, « (Petite) Révolution (de papier) ? », *Dr. et patrimoine*, février 2010, p. 3 ; E. Dubuisson, « EIRL, un tournant du droit en procédures accélérée… », *RLDA* 2010, n° 50, p. 15.
[4] F.-X. Lucas, « L'EIRL en difficulté », *LPA* 28 avril 2011, n° 84, p. 39.

collectives, car cette affectation a pour corolaire la limitation du gage des créanciers professionnels.

Conditions pour devenir entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Seules les individus disposant de la personnalité juridique sont visées par l'expression « tout entrepreneur ». En conséquence, peu importe la nature de l'activité, qu'elle soit commerciale, artisanale, agricole, indépendante ; les personnes qui l'exerce peuvent devenir des EIRL, même le mineur.

- **Aparté sur la responsabilité du mineur EIRL**. L'article 388-1-2 du Code civil dispose qu'« un mineur âgé de seize ans révolus peut être autorisé, par son ou ses administrateurs légaux, à accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par son ou ses administrateurs légaux.

L'autorisation mentionnée au premier alinéa revêt la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte notarié et comporte la liste des actes d'administration pouvant être accomplis par le mineur ». Cette disposition peut susciter des questions relatives à la responsabilité civile des parents, bien qu'elle soit par définition limitée. Le mineur ne peut pas effectuer des actes de disposition relatifs à la création ou à la gestion de son entreprise individuelle, ceux-ci reviennent aux représentants légaux. Une charge lourde leur revient puisque ce sont eux qui doivent procéder à la déclaration d'affectation, qui peut avoir une incidence sur la situation patrimoniale de leur enfant mineur[1]. Cette disposition ne vaut que pour les mineurs possédant des « biens, droits, obligations ou sûretés », comme le prévoit l'article L. 525-6, alinéa deuxième, ce qui réduit considérablement les hypothèses en pratique. Le mineur peut par contre effectuer seul les actes d'administration après autorisation des représentants légaux. Mais, ce faisant un créancier professionnel peut se trouver lésé par les actes réalisés par le mineur. Dans ce cas, l'article 1242, alinéa 4, du Code civil doit s'appliquer. Ce texte prévoit que « le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ». Un tiers peut donc rechercher la responsabilité civile des parents. Ainsi, il a pu être jugé que les parents d'un mineur déclaré coupable d'escroquerie, de falsification et d'usage de chèques falsifiés, sont civilement responsables et doivent être solidairement responsables avec lui des

[1] V., V. Legrand, « Le mineur non émancipé EIRL : quelle perspective pour les parents ? », *LPA* 24 novembre 2010, n° 234, p. 7.

dommages et intérêts[1]. En outre, si le mineur éprouve des difficultés financières, la logique veut qu'il se tourne vers ses parents. Ce faisant, ces derniers vont sans doute le soutenir, et si, malgré ce soutien, le passif augmente et si l'ouverture d'une procédure collective devient inéluctable, il est fort probable que les créanciers invoquent la création d'une société créée de fait pour faire entrer le patrimoine parental dans la procédure collective[2]. Par contre, comme nous l'avons vu précédemment, il semble peu probable que l'action du créancier fondée sur le soutien financier abusif des parents ait une chance d'aboutir.

L'affectation patrimoniale. L'EIRL va pouvoir, à côté de son patrimoine personnel, « affecter » un ou plusieurs patrimoines à son ou ses activités professionnelles. Sa composition est particulière, son contenu obligatoire et facultatif est fixé par l'article L. 526-6, alinéa deuxième du Code de commerce. Il doit comprendre « l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter ». Le manquement à cette disposition est sanctionné par le décloisonnement du patrimoine[3]. Une fois le patrimoine affecté créé, celui-ci doit être déclaré, « son contenu est fondamental pour donner une photo aux créanciers professionnels de la réalité de leur gage[4] », c'est pourquoi les règles relatives à la déclaration sont précisément définies[5].

Cette affectation implique donc, *a priori*, une étanchéité entre les patrimoines. En effet, c'est à l'usage, un peu trompeur, du terme « responsabilité » qu'il faut se référer ici, « car il est entendu essentiellement par référence à la délimitation des ensembles ou plutôt sous-ensembles de biens servant de garantie première aux tiers amenés à être en affaire avec l'entrepreneur individuel[6] ». Sans doute, l'un des fondements de cette responsabilité

---

[1] CA Paris, Ch., correctionnelle 24, section B, 3 mars 2005, n° 04/05710, *CCC* 2005, n° 11, comm. 197, note G. Raymond.

[2] V., J. Prieur, « EIRL ou société : quels critères de choix ? », *Dr. et patr.,* avril 2010, p. 64. Sur les conditions de la requalification, v., Cass., com. 30 mars 1993, rejet n° 91-11.560.

[3] Article L. 526-12, alinéa 7 du Code de commerce.

[4] J. Prieur, « L'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur », Dr. et patr. 2011, n° 202.

[5] V., les articles L. 526-8 à L. 526-1 et R. 526-3 du Code de commerce. Un modèle type de déclaration d'affectation du patrimoine est même prévu, v., article A. 526-1 du Code de commerce.

[6] F. Terré, « La personne et ses patrimoines : des pépins par milliers », *JCP G* 2010, n° 52, doctr. 1328.

particulière se trouve dans l'ordonnance du 9 décembre 2010[1], qui adapte le régime de l'EIRL au droit des procédures collectives (**A**). Cette adaptation s'est accompagnée d'un certain nombre de limites à l'étanchéité patrimoniale (**B**).

A : L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée soumis à la procédure collective

L'ordonnance du 9 décembre 2010 a ajouté au livre VI, un titre VII dont les articles énoncent les principes d'adaptation du droit des procédures collectives à l'EIRL. Ce faisant, cette ordonnance a pour ambition d'assurer la dissociation patrimoniale en cas de difficultés de l'EIRL, tout en évitant qu'il utilise le décloisonnement dans un intérêt purement personnel au préjudice de ses créanciers[2]. C'est pourquoi il faut réduire l'assiette des procédures, leur effet réel, au seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté[3]. Ainsi, l'EIRL, et surtout son patrimoine affecté, bénéficiera de tout le dispositif du droit des procédures collectives, marquant par là une certaine conception objective de la procédure collective[4]. Cette conception objective, qui conforte l'effet réel de la procédure collective, peut être démultipliée car le principe selon lequel « procédure sur procédure ne vaut » ne s'applique pas à l'EIRL[5], ainsi, « l'EIRL qui éprouve des difficultés financières non constitutives d'un état de cessation des paiements avec son activité commerciale pour laquelle il a affecté un patrimoine pourra demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde au tribunal de commerce alors qu'il devra « déposer le bilan » devant le tribunal de grande instance s'il est en état de cessation des paiements s'agissant du reste de son patrimoine lorsqu'il exploite une autre activité pour laquelle il n'a pas affecté de patrimoine[6] ».

---

[1] Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

[2] V., J.-L. Mercier et C. Saint-Alary-Houin, « L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL, colloque Entreprise et patrimoine », *Gaz. Pal.*, 19 mai 2011, n° 139, p. 33.

[3] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 321, p. 160.

[4] Mme Pérochon écrit que les dispositions concernant l'EIRL imposent au droit des procédures collectives de passer d'une approche traditionnellement fondée sur la personne à une approche fondée sur le patrimoine, et donc sur les biens. V., F. Pérochon, « Les patrimoines de l'EIRL », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, dossier 13.

[5] L'article L. 680-1 du Code de commerce dispose : « lorsque les dispositions des titres Ier à VI du présent livre sont appliquées à raison des activités professionnelles exercées par un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, elles le sont patrimoine par patrimoine ».

[6] J. Vallansan, « L'EIRL en difficulté – Les principes de l'ordonnance du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, étude 2.

Le droit des procédures collectives, malgré son caractère d'ordre public, subit cette étanchéité patrimoniale[1]. Mais s'il la subi, il n'est pas pour autant soumis, puisque le régime de l'EIRL n'a pas d'incidence fondamentale sur ce droit qui s'adapte[2].

Il bénéficie des procédures préventives. Elles s'appliquent à l'EIRL qui pourra adhérer à un groupement de prévention agréé[3], demander la désignation d'un mandataire *ad hoc*[4], d'un conciliateur[5]. En outre, si l'accord homologué entraine la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques s'applique à l'EIRL, elle ne concerne que les « seuls comptes afférents au patrimoine visé par la procédure[6] ». Notons aussi que pour apprécier l'existence d'une incompatibilité pour l'exercice des fonctions du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur tenant au fait qu'ils ont perçu une rémunération ou un paiement du débiteur au cours des 24 mois précédents, celle-ci sera « appréciée en considération de tous les patrimoines dont ce dernier est titulaire [7]».

Il bénéficie des procédures de traitement. Le dispositif applicable à l'EIRL s'appliquera à toutes les procédures : sauvegarde, redressement et liquidation judicaire.

- **EIRL et sauvegarde**. L'ouverture de la sauvegarde, s'appréciera au regard du patrimoine affecté et visé par la procédure[8], auquel peuvent être ajoutés les biens compris dans un autre patrimoine et dont l'entrepreneur est susceptible de demander la reprise[9]. Les autres patrimoines peuvent être réunis à celui visé par la procédure en cas de confusion, en cas de manquement grave aux règles légales ou en cas de fraude aux créanciers[10]. L'adoption du plan de sauvegarde traduit pour l'EIRL la levée de l'interdiction d'émettre des chèques afférents au patrimoine affecté[11].

- **EIRL et redressement judiciaire**. L'ouverture du redressement judiciaire ne concerne aussi que le seul patrimoine affecté[12]. La cessation des paiements, condition

---

[1] V., F. Pérochon, « Les patrimoines de l'EIRL », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, dossier 13.
[2] Notamment par la création d'un titre VIII intitulé « Dispositions particulières à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée » au sein du livre VI du Code de commerce.
[3] Article L. 611-1 du Code de commerce.
[4] Article L. 611-3 du Code de commerce.
[5] Article L. 611-6 du Code de commerce.
[6] Article L. 611-10-2 du Code de commerce.
[7] Article L 611-13 du Code de commerce.
[8] Article L. 620-2 du Code de commerce.
[9] Article L. 622-6 du Code de commerce.
[10] Article L. 621-2 du Code de commerce.
[11] Article L. 626-13 du Code de commerce.
[12] Article L. 631-2 du Code de commerce.

d'ouverture du redressement judiciaire, s'apprécie en comparant l'actif affecté (ou hors affectation) disponible avec le passif exigible afférent à ce même patrimoine[1].
Au titre de sa rémunération, il est tenu compte des revenus éventuellement perçus au titre des patrimoines non visés par la procédure[2]. Dans l'hypothèse où l'EIRL modifie l'affectation d'un bien, ce qui a entraîné un appauvrissement du patrimoine affecté, cet acte est frappé de nullité[3].

- **EIRL et liquidation judiciaire**. Là encore, l'ouverture de la liquidation judiciaire ne concerne que le patrimoine visé à la procédure[4]. En principe, le liquidateur doit procéder à la vérification des créances, sauf s'il s'avère que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées ; cette vérification aura tout de même lieu si l'EIRL est sujet à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif[5]. Si la liquidation judicaire emporte dessaisissement du débiteur, l'EIRL personne physique pourra poursuivre l'exercice d'une ou de plusieurs activités si elles engagent un patrimoine autre que celui visé par la procédure[6], l'exercice de cette autre industrie personnelle sera susceptible de faire naître à son profit des obligations, que ce soit à titre de salaire, de bénéfice, que ce soit aussi l'allocation à son profit de dommages et intérêts résultant de la faute d'un tiers. Là, se situe nous semble-t-il l'iniquité principale entre l'EIRL et les dirigeants qui eux, sont soumis à un dessaisissement total. L'entrepreneur en liquidation judiciaire pourra prétendre recouvrir une dette personnelle sur un autre patrimoine que celui visé par la procédure, donc en dehors du droit de gage commun des créanciers. En outre, pendant la liquidation judiciaire il y a remise ou restitution immédiate du courrier intéressant le patrimoine pour lequel la procédure est ouverte[7].

Du côté des créanciers, leurs droits sont limités aux créances nées de l'activité en difficulté. Ils sont donc aussi soumis à l'interdiction des paiements, à l'arrêt des poursuites individuelles, à la continuation des contrats. Les créanciers antérieurs doivent déclarer leur créance, sachant que le gel des droits des créanciers ne concerne pas les créanciers antérieurs à la constitution du patrimoine affecté, du moins s'ils veulent poursuivre les biens du

[1] V., J. Vallansan, « L'EIRL en difficulté – Les principes de l'ordonnance du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, étude 2.
[2] Article L. 631-11 du Code de commerce.
[3] Article L. 632-1 du Code de commerce.
[4] Article L. 640-2 du Code de commerce.
[5] Article L. 641-4 du Code de commerce.
[6] Article L. 641-9 du Code de commerce.
[7] Article L. 641-15 du Code de commerce.

patrimoine non affecté. Les créanciers postérieurs bénéficient, pour le patrimoine concerné par la procédure collective, du traitement préférentiel.
Toutefois, si la liquidation judiciaire est clôturée pour insuffisance d'actif, le créancier victime de fraude pourra intenter une action individuelle sur les biens compris dans le patrimoine non affecté de l'entrepreneur[1].

L'EIRL soumis à la procédure collective est susceptible d'engager sa responsabilité, ce qui aura pour conséquence d'atteindre un patrimoine qui n'était pas visé à l'origine par la procédure.

B : Les limites à l'étanchéité patrimoniale

L'étanchéité signifie « que tout ce qui est saisi par la procédure ne peut être en dehors et tout ce qui est en dehors ne peut être saisi par la procédure[2] ». Par principe, l'étanchéité est contradictoire avec l'intérêt collectif des créanciers puisque leur droit de gage sera limité au patrimoine affecté, alors que d'autres éléments d'actifs, susceptibles de les intéresser et qui intéressent les créanciers des autres débiteurs, ne seront pas compris dans les répartitions. Le droit de gage diminue à fonction qu'augmentent les personnes juridiques. Pour redonner à la procédure collective une certaine équité, une double limite au cloisonnement est prévue par les textes. La première, que nous ferons que citer car étrangère à notre sujet, est relative à l'action en extension (**1**), la seconde concerne l'action en responsabilité (**2**).

1 : La limite par l'action en extension

Bien qu'elle soit souvent appréhendée comme telle, l'action en extension pour confusion des patrimoines n'est ni une action en responsabilité, ni une sanction[3]. L'extension consistera à englober le patrimoine objet de l'extension et celui visé par la procédure.

La réunion des biens affectés est possible, elle sera décidée par le tribunal ayant ouvert la procédure, dans quatre hypothèses : l'action en extension pour confusion des patrimoines,

[1] Article L. 643-11, VI, du Code de commerce.
[2] J. Vallansan, « L'EIRL en difficulté – Les principes de l'ordonnance du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, étude 2.
[3] V., Ph. Roussel Galle, « La loi Pétroplus : quelques réflexions…avec un peu de recul », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, étude 16.

pour manquement grave aux règles gouvernant la composition du patrimoine d'affectation, pour manquement grave aux obligations comptables ou encore pour fraude.
Ces possibilités sont attitrées, seuls l'administrateur, le mandataire judiciaire, le débiteur ou le ministère public peuvent demander l'extension. Ainsi, le créancier n'a pas qualité pour demander une telle extension, telle est la solution donnée par la cour d'appel de Versailles en 2014[1]. Dans cet arrêt, l'EIRL avait informé ses créanciers de la déclaration d'affectation par lettre recommandée avec accusé de réception. Seulement, ces lettres ne contenaient aucune mention relative à leur droit de faire opposition dans le délai d'un mois, conformément aux dispositions de l'article R. 526-8 du Code de commerce. De ce fait, en vertu de l'article L. 526-12, alinéa 2, la déclaration ne leur est pas opposable. Or, cette situation permet aux créanciers d'exercer des poursuites à l'égard du patrimoine non affecté, mais elle n'a pas vocation à étendre la procédure collective à l'ensemble du patrimoine. Selon la Cour, il en irait autrement en cas de fraude, ce qui, nous le verrons, permet de réunir le patrimoine non affecté à celui visé par la procédure collective. Toutefois, le liquidateur n'invoque pas la fraude, celle-ci l'est uniquement par les créanciers qui ne font pas partie des personnes habilitées à demander l'extension. Donc, la liquidation judiciaire de l'EIRL est limitée à son patrimoine affecté.

2 : La limite par l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Cette limite créée une redoutable porosité entre les deux patrimoines, au mépris des prévisions de l'entrepreneur individuel, car le tribunal jugera *a posteriori* sa gestion fautive[2].

L'EIRL, pour l'exercice de cette action est assimilé à un dirigeant de personne morale, ce qui s'explique par le fait que l'EIRL « a notamment pour but de mettre fin à l'inégalité de traitement dont souffrait l'entrepreneur individuel par rapport au dirigeant de la société[3] ». La différence avec les actions en extension, réside dans le fait qu'un patrimoine, qui n'est *a priori* pas concerné par la procédure collective de la société sera atteint en cas de faute de gestion de l'entrepreneur individuel si celle-ci a contribué à l'insuffisance d'actif. Tel est le sens de l'article L. 651-2. Cet article dispose dans son alinéa deuxième que « lorsque la

[1] CA Versailles, 3 avril 2014, n° 12/07219.
[2] V., F.-X. Lucas, « L'EIRL en difficulté », *LPA* 28 avril 2011, n° 84, p. 49.
[3] I. Beyneix, « Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique », *LPA* 19 septembre 2011, n° 186, p. 17. V., sur l'assimilation de l'EIRL au dirigeant de personne morale : F. Pérochon, « Les patrimoines de l'EIRL », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, dossier 13.

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 ». Dans ce cas, la somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté. Comme pour les dirigeants, il est possible pour le juge d'obtenir des informations sur la situation patrimoniale de l'EIRL.

Cet article L. 651-2 n'exclut pas l'application de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales qui organise la responsabilité fiscale des dirigeants de société[1]. À ce propos, si les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité paraissent exigeantes, la faute de l'exploitant doit soit consister en des manœuvres frauduleuses, soit en une inobservation grave et répétée des obligations fiscales. Les manœuvres frauduleuses sont définies « comme les actes impliquant l'intention manifeste d'éluder tout ou partie de l'impôt. La preuve de manœuvres frauduleuses nécessite que soit mis en évidence un élément intentionnel, la réalisation d'infractions fiscales en toute connaissance de cause et un élément matériel consistant à éluder la déclaration ou le paiement de l'impôt[2] ». Ces manœuvres ou inobservations doivent avoir rendues impossible le recouvrement de la dette fiscale. Il appartient donc à l'Administration de démontrer en quoi les manquements sont à l'origine de l'impossibilité de recouvrement, ce qui l'oblige d'une part à prouver qu'elle a tout mis en œuvre pour opérer le recouvrement de l'impôt, il s'agit ici d'une obligation de moyen. Et d'autre part à agir rapidement, car si le délai écoulé entre l'interruption des déclarations de chiffre d'affaires et les tentatives de mise en recouvrement opérées par le comptable public, est à l'origine de l'impossibilité de recouvrer, l'action en responsabilité sera rejetée[3]. Le Trésor et les créanciers sociaux, sont bien souvent des créanciers très importants dans le passif entrepreneurs individuels.

Il est donc possible de condamner l'EIRL sur son patrimoine non affecté en cas de faute de gestion, mais pas sur un patrimoine affecté à une autre activité, le cas échéant il répondra de ses fautes de gestion comme le dirigeant en liquidation judiciaire. Nous ne pensons pas qu'il faille voir dans cette disposition une sanction propre pour l'EIRL, il s'agit simplement d'une mesure équitable pour les créanciers de la procédure collective, qui « retrouve » une assiette de réparation normale

L'article L. 651-2, dans son dernier alinéa ne précise pas que les sommes versées par l'EIRL entreront dans le patrimoine affecté, se contentant du terme simple de « patrimoine », plaçant

---

[1] V., A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1107, p. 646.
[2] S. Jambort, « Le régime fiscal de l'EIRL », *Bull. Joly* 2011, n° 3, p. 261.
[3] Cass., com. 3 mars 2004, cassation n° 02-16.547.

sur un même pied d'égalité les statuts de tous les débiteurs. Or, si les sommes versées entre dans un autre patrimoine que celui affecté, cela aura comme conséquence que les créanciers extérieurs à la procédure collective viendront en concurrence avec ceux qui la subisse, ce qui n'est pas acceptable.

Pour éviter l'organisation de l'insolvabilité de l'EIRL, il est possible de prendre des mesures conservatoires, sur les biens compris dans son patrimoine non affecté[1].

Sans doute les tribunaux devront faire preuve d'un minimum de clémence quand la possibilité d'annihiler la construction du patrimoine affecté se présentera devant eux. Devraient-ils garder à l'esprit que cet entrepreneur, qui par définition est seul pour assurer la gestion, est bien souvent inexpérimenté, donc enclin à commettre des fautes de gestion[2]. Cette faute de gestion crée un danger considérable pour l'EIRL[3], semble être l'une des causes de la disparition future de l'EIRL, peut-être aurait-il fallu soumettre les demandeurs à la preuve d'une faute lourde, ou détachable pour éviter une mise en cause *quasi* systématique en cas de liquidation judiciaire. Sauf à considérer, comme nous le pensons, que la faute de gestion, bien qu'elle soit souvent reconnue[4], d'une part n'est pas la seule condition pour mettre en cause au titre de l'insuffisance d'actif, d'autre part qu'elle est davantage qu'une faute simple[5].

Conclusion du chapitre

La procédure collective est un carrefour de personnalités et parmi celles-ci la personne du dirigeant en constitue le centre de gravité. Qu'il soit victime d'un dommage ou auteur d'une faute, la mise en œuvre de la responsabilité civile innervera toutes les procédures.

Lorsque le débiteur, victime d'un dommage, n'est pas encore soumis au droit des procédures collectives, le droit commun de la responsabilité civile s'appliquera. Mais, dans cette hypothèse, le dommage qu'il subit peut consister dans l'ouverture d'une procédure. Le cas échéant, la perspective évolue. La politique juridique de la procédure collective impose ses règles, de sorte qu'en vertu de ses différentes finalités, les droits du débiteur sur son patrimoine seront évolutifs.

---

[1] Article L. 651-4 du Code de commerce

[2] V., P.-M. Le Corre, « L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté », *D.* 2011, p. 91.

[3] F.-X. Lucas, « L'EIRL en difficulté », *LPA* 28 avril 2011, n° 84, p. 49.

[4] V., *infra* « L'appréhension de la faute de gestion par la Cour de cassation »

[5] V., *infra* « Les nouveaux caractères de la faute en droit des procédures collectives ».

Ainsi, pour le préjudice subi en sauvegarde, l'action en responsabilité civile pourra être exercée par le débiteur victime. Les indemnités éventuellement allouées entreront alors dans son patrimoine et ne seront pas réparties entre les créanciers. Lorsque le préjudice est subi par le dirigeant alors que l'entreprise est placée en redressement judiciaire, en principe c'est aussi à lui qu'il revient d'en demander réparation. Mais, pour des raisons tenant à la politique juridique de la procédure collective, les droits patrimoniaux du débiteur pourront être restreints. Si l'administrateur judiciaire est investi d'une simple mission d'assistance, le débiteur pourra agir seul contre un tiers. Par contre, s'il le représente, alors l'action en responsabilité civile doit être exercée par lui. L'ouverture d'une liquidation judiciaire sonne le glas de la possibilité pour le débiteur d'exercer seul une action en responsabilité civile patrimoniale[1]. Elle appartiendra au liquidateur judiciaire, et parce qu'il représente l'intérêt collectif des créanciers les sommes ainsi recouvrées reconstitueront le gage commun des créanciers.

Pour le débiteur auteur d'une faute, il convient de connaître la date de naissance de la créance de réparation, ce qui permettre *in fine* de donner à la créance la qualification de créance antérieure ou postérieure. S'il s'agit d'une créance contractuelle, le principe veut que l'on retienne la date de l'inexécution du contrat. Pour la date de naissance de la créance délictuelle, elle sera fixée par principe à la date du fait dommageable, sachant que si elle est postérieure au jugement d'ouverture, son absence d'utilité nous fait douter qu'elle puisse faire l'objet d'un traitement préférentiel. Or, l'intérêt pour la date de naissance de la créance de réparation permet, selon nous, d'expliquer les conséquences du préjudice ainsi que le mode de répartition des dommages et intérêts, concernant les actions en responsabilités spécifiques de la procédure collective.

Au titre des personnalités impliquées dans le régime de la procédure collective, figure le créancier qui a apporté une aide matérielle au débiteur, pour lequel l'utilisation de la responsabilité civile permet d'éviter, par l'effet de l'article L. 650-1 du Code de commerce, une atteinte de son patrimoine. Cette atteinte, négative, crée une véritable irresponsabilité à l'égard de ce créancier, assise sur une construction prétorienne déjà protectrice de ses intérêts.

Par contre, le statut d'EIRL adopté par le débiteur, pour lequel les procédures collectives n'intéresseront que le seul patrimoine affecté, ne pourra éviter le décloisonnement patrimonial s'il commet une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Ainsi, la manière dont la responsabilité civile atteint le patrimoine met en évidence son rôle d'outil.

---

[1] Excepté la brèche ouverte par la Cour de cassation en 2014, qui autorise le débiteur en liquidation judicaire à exercer, au titre de ses droits propres, une action en responsabilité contre l'État.

Conclusion du titre premier

L'utilisation de la responsabilité civile est donc bien cohérente. La responsabilité civile est mise au service des finalités des procédures collectives et de son régime. Elle sert alors la politique juridique de la procédure collective pour laquelle le tout participe à son efficacité. Or, ce « tout » englobe à la fois le dirigeant débiteur, les créanciers et les professionnels. Ils y concourent tous, par l'étendue de leurs devoirs et pouvoirs.

Le dirigeant doit participer à la recherche des finalités des procédures collectives, de lui dépend son efficacité. Son comportement contraire à la politique juridique sera donc sanctionné sur le terrain de la responsabilité civile, soit par l'intermédiaire du droit commun soit par une action spécifique issue du droit des procédures collectives, comme l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. À ce propos, le droit des procédures collectives a adapté une responsabilité *a priori* pécuniaire à l'entrepreneur individuel. Le résultat tient en une accentuation du changement de sa finalité. Désormais, il s'agit d'une véritable responsabilité patrimoniale, qui se présente comme l'ensemble des hypothèses lors desquelles le dirigeant va devoir répondre directement des dettes de l'entreprise alors pourtant qu'il n'exposait pas ses biens personnels au moment de la conclusion des engagements[1]. Semble poindre alors la différence entre l'action en responsabilité du Code civil, qui oblige tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage à le réparer et l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Pour la première on répond du dommage alors que pour la seconde on répond des dettes. Cette spécialisation, qui apporte davantage de précision, s'accentue avec l'adoption du régime de l'EIRL, pour lequel la faute de gestion engagera son patrimoine non concerné par la procédure collective. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se déclinerait alors en une responsabilité patrimoniale pour les dirigeants et une responsabilité *praeter* patrimoniale pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Les créanciers, notamment les contrôleurs, participent aussi à la recherche des finalités des procédures collectives. Agissant pour défendre l'intérêt collectif des créanciers, ils peuvent introduire une action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Mais sa fonction ne se réduit pas à cette possibilité. Le champ d'action des contrôleurs s'étend au gré des réformes, au point de nous faire douter que la faute lourde soit toujours appropriée pour rechercher leur

[1] V., R. Ollard et R. Raffray, « Le chef d'entreprise et les procédures collectives-Les cas de responsabilité », *in La responsabilité du chef de l'entreprise en difficulté*, dir. B. Saintourens et J.-C. Saint-Pau, éd. Cujas, coll. Actes & Études, 2013, p. 30.

responsabilité. Concernant la responsabilité des créanciers qui ne sont pas nommés contrôleurs, leur responsabilité civile sera recherchée toutes les fois ou leurs actions ne participeront pas à son efficacité. Seulement, la politique juridique de la procédure collective implique que la destination des sommes recouvrées à l'issue d'une condamnation variera en fonction des finalités attachées aux différentes procédures. Soit l'indemnisation profitera au débiteur, c'est la fonction réparatrice classique attachée à la responsabilité civile ; soit, par l'effet du dessaisissement, elle reconstituera le gage commun des créanciers. Ce qui soulève un paradoxe, car la réparation exécutée par un créancier servira la collectivité, dont celui-ci, qui a commis la faute. Une spécificité concerne les créanciers ayant apporté leur concours. Nous savons que leur soutien ne sera fautif que s'il répond aux conditions du droit commun de la responsabilité civile, auxquelles s'ajoute la démonstration d'une cause de déchéance de responsabilité, énoncée à l'article L. 650-1 du Code de commerce. À ce propos, depuis le décret du 23 mars 2012, les informations détenues par la Banque de France sur les dirigeants d'entreprise et les entrepreneurs individuels, peuvent être communiquées à l'établissement de crédit[1]. Cette possibilité objectivise selon nous la faute nécessaire pour caractériser le concours comme tel, puisque le prêteur connaît la situation des débiteurs. En outre, en cas d'ouverture d'une procédure collective, celle-ci est mentionnée au fichier bancaire des entreprises pour, *a priori,* éviter une dégradation des comptes encore plus importante par l'octroi d'un soutien. Cette mesure devrait donc permettre d'anticiper, de prévenir les risques d'engagement de la responsabilité voire, le cas échéant, de préciser l'assiette de réparation par le dirigeant pour les fautes de gestion qui ont contribué à l'insuffisance d'actif[2]. Ainsi, cette mesure conduit à apprécier l'utilité d'un soutien et partant d'éviter un abus ; elle contribue donc à nous faire douter de l'utilité d'un tel dispositif d'irresponsabilité.

Les professionnels, qu'ils soient tiers ou acteurs, défenseurs d'un intérêt privé ou général, sont en quelque sorte les garants de l'efficacité du droit des procédures collectives. Dès lors, l'utilisation de la responsabilité civile apparaîtra comme une institution régulatrice des intérêts divergents[3] et finalement protectrice de l'efficacité. Cela se confirmera par la seconde forme d'utilisation.

---

[1] Décret n° 2012-405 du 23 mars 2012 modifiant l'article D. 144-12 du code monétaire et financier.

[2] Article L. 651-4 du Code de commerce.

[3] Ph. Le Tourneau, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.* 1990, chronique p. 26.

Titre 2 : Une utilisation opportuniste

Nous venons de démontrer, par une première forme d'utilisation, que l'on utilise la responsabilité civile dans toute la procédure collective.

La seconde forme d'utilisation révélera particulièrement l'incidence du droit des procédures collectives sur la responsabilité civile. Ainsi, parce qu'elle est au service de sa politique juridique, la responsabilité civile sera utilisée au bénéfice de son efficacité. C'est pourquoi cette forme d'utilisation, à la fois fluctuante (**Chapitre 1**) car au grés des intérêts, et opportuniste (**Chapitre 2**) car d'application pratique, est qualifiée d'opportuniste.

Chapitre 1 : L'usage fluctuant de la responsabilité civile

Fluctuation ou équilibre ? Il peut sembler paradoxal d'évoquer l'usage fluctuant de la responsabilité civile dans la mesure où les réformes récentes du droit des procédures collectives témoigneraient au contraire d'un rééquilibrage. En effet, pour ne prendre que quelques exemples tirés de l'évolution juridique dans ce domaine, on peut noter en premier lieu que la loi du 10 juin 1994, si elle est restée mesurée dans le domaine des sanctions, « elle traduit une volonté très claire de ne pas laisser impunis ceux qui méprisent les règles de base de la morale des affaires, gèrent leurs entreprises avec trop de désinvolture, et ne respectent guère les principes d'une saine concurrence… Cette sévérité renforcée, même modérément, devrait inciter nombre de chefs d'entreprise à avoir une gestion plus rigoureuse[1] ».

Cette relative sévérité sera atténuée ensuite par la loi du 26 juillet 2005. Elle s'inscrit dans la lignée de la loi de 1985 qui atténua la sévérité des sanctions. En effet, le droit des procédures collectives à cette période « demeure certainement une procédure civile d'exécution collective mais elle ne se confond plus en principe avec la sanction qui frappe le dirigeant, mauvais ou malhonnête. Sanctionner aujourd'hui : oui, mais en dehors de la procédure collective[2] ».

---

[1] J.-Ph. Haehl, « La réforme mesurée du droit des sanctions », *LPA* du 14 septembre 1994, n° spécial (110), p. 22.

[2] F. Vauvillé, « Le nouveau Titre V des responsabilité et des sanctions », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 4, p. 345.

L'évolution ultérieure, assise par l'ordonnance du 18 décembre 2008, sera marquée par un cantonnement de la responsabilité des créanciers et, pour le dirigeant, la suppression d'une action en responsabilité[1].

Par la suite, l'ordonnance du 12 mars 2014 « garde le cap de la loi de sauvegarde des entreprises[2] », à savoir « sauver les entreprises et les emplois et, plus subsidiairement, payer les créanciers[3] ». Elle conserve donc les objectifs législatifs.

L'ordonnance du 12 mars 2014, si elle renforce le rôle des administrateurs et des mandataires judiciaires[4], le terme qui revient fréquemment dans la doctrine est celui d'équilibre entre créanciers et débiteurs. Ainsi, nous avons pu relever la « recherche de meilleurs équilibres tout particulièrement entre les créanciers et les débiteurs[5] », ou encore « la première idée que l'on retiendra de cette ordonnance, (c'est) celle d'un rééquilibrage des rapports de force entre les différents protagonistes de la procédure collective. Jugé très et sans doute trop favorable au débiteur (…) le droit français l'est désormais un peu moins[6] », ou encore que cette ordonnance « a pour objectif d'apporter de meilleurs équilibres entre les droits du débiteur, des créanciers (…)[7] », et pour terminer ce rapide passage en revue, que « l'ordonnance rééquilibre partiellement le rapport de force en faveur des créanciers[8] ». Ce rééquilibrage a pour objectif d'amener « à la négociation de solutions amiables entre le débiteur et ses principaux créanciers[9] ».

---

[1] V., A. Martin-Serf, « Réformes des procédures collectives – sanctions civile », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, p. 99.

[2] P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 27 mars 2014, n° 12, p. 733.

[3] P.-M. Le Corre, « Lecteurs choyés de la Gazette… », *Gaz. Pal.* 8 avril 2014, n° 98, p. 5.

[4] V., M. Sénéchal, et X. Huertas, « Les innovations introduites par l'ordonnance du 12 mars 2014 témoignent du rôle central que sont amenés à jouer les administrateurs et les mandataires judiciaires », *BJE* 1er mai 2104, n° 3, p. 211.

[5] Ph. Roussel-Galle, « Des procédures plus attractives, de meilleurs équilibres », *Rev. proc. coll.* Mars-avril 2014, repère 2.

[6] F.-X. Lucas, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE* 1er mars 2014, n° 2, p. 111.

[7] Ph. Roussel-Galle, « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014. Des outils plus performants, une plus grande sécurité juridique et des équilibres renouvelés », *Rev. sociétés*, 2014, p. 351.

[8] R. Dammann et G. Podeur, « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 27 mars 2014, n° 12, p. 752.

[9] C. Delattre et E. Étienne-Martin, « Prévention : le mandat *ad hoc* et la conciliation plus efficaces et plus accessibles ? », *Rev. proc. coll.* mars 2014, n° 2, dossier 15.

S'il est donc indéniable que l'ordonnance rééquilibre les pouvoirs, pour y parvenir elle renforce le rôle des créanciers[1] afin de parvenir à la recherche de solutions négociées, leur donnant par là un signal favorable[2].

Un autre terme qui revient fréquemment est celui de « rebond », en témoigne le « rebond facilité pour certains débiteurs, sécurité juridique pour le créancier[3] », ou la « possibilité de rebond des dirigeants après une procédure collective[4] » ou encore l'intitulé du colloque qui s'est tenu à l'Université de Lille 2 sur le thème de la *réforme du droit des procédures collectives : nouveau rebond pour le débiteur ?*[5].

Les finalités de la procédure collective, si elles ne changent pas, évoluent dans le sens d'un rééquilibrage entre les droits des créanciers et des débiteurs. On perçoit alors une finalité économique des procédures collectives : mettre rapidement et efficacement fin à la procédure pour permettre le réinvestissement ; accélérer la liquidation judiciaire, ce qui explique sans doute le laconisme de l'ordonnance en matière de sanctions[6].

Enfin, la loi du 6 août 2015 porte atteinte aux droits des actionnaires et associés[7].

Donc, *a priori* l'équilibre voulu par le législateur des procédures collectives s'accorde mal avec une prétendue fluctuation de la responsabilité.

---

[1] G. Teboul, « Le renforcement du rôle des créanciers dans le cadre de la nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté », *LPA* janvier et février 2014, n°s 15, 23 et 28, p. 6 et 8.

[2] G. Teboul, « L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la réforme du droit des entreprises en difficulté : un duel créanciers/débiteurs à armes égales ? », *Gaz. Pal.* Mars 2014, n°s 85 à 86, p. 6.

[3] F. Pérochon, « L'ordonnance du 12 mars 2014 : une révolution inespérée en faveur des créanciers », *BJE* 1er mai 2104, n° 3, p. 233.

[4] G. Teboul, « La possibilité de rebond des dirigeants après une procédure collective », *LPA* 26 septembre 2013, n° 193, p. 7.

[5] Colloque tenu à l'Université de Lille 2 le 23 mai 2014 sous la direction du Professeur Voinot.

[6] V., J. Lasserre Capdeville, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'évolution des sanctions », *BJE* 1er mai 2014, n° 3, p. 206. On peut noter comme, preuve du laconisme s'agissant des sanction pécuniaires, la seule suppression de l'alinéa 3 de l'article L. 651-3 du Code de commerce.

[7] V., A. Cerati-Gauthier, « Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : des atteintes justifiées aux droits des associés et actionnaires de la société débitrice », *BJE* 1er mars 2015, n° 2, p. 129 ; Ph. Roussel Galle, « Le législateur psychologue », *Rev. proc. coll.* mars 2015, n° 2, repère 2 ; S. Vermeille, « Le volet droit des faillites de la loi « Macron » : une intention louable au départ, mais un résultat dangereux à l'arrivée », *D.* 2015, p. 382 ; P. Rossi, « Dispositions de la loi Macron concernant les livres VI et VIII du Code de commerce – Obstination ou obsession ? », *Rev. proc. coll.* septembre 2015, n° 5, étude 15.

Toutefois, dans sa matérialité, la responsabilité civile est un outil avec lequel la procédure collective composera.
Dans sa spatialité, cet outil tient une place qui n'est pas figée. En effet, en droit positif, selon que l'on se situe du côté du créancier, débiteur ou des acteurs, la façon d'appréhender la responsabilité civile ne sera pas la même.
Par conséquent, la place de la responsabilité civile est variable. Il sera ici question de la variabilité de la mesure.

Nous fonctionnerons surtout au travers d'exemples tirés de la jurisprudence, exemples qui montreront que d'un côté la variabilité se traduit par un certain retour de la responsabilité civile. Alors que de l'autre elle traduit une diminution, une régression de la responsabilité civile. D'où l'idée d'un regain (**Section 1**) et d'un déclin de celle-ci (**Section 2**).

Section 1 : Le regain de la responsabilité civile

Constat paradoxal. La procédure collective utilise l'outil qu'est la responsabilité civile. Or, si l'on se place du côté du débiteur, le constat aujourd'hui est *a priori* relativement aisé à dresser, il « faut » rechercher sa responsabilité, souvent seul moyen pour espérer augmenter le droit de gage général des créanciers. Mais, ce constat est paradoxal puisque la tendance, avant 2012, était à la réduction, voire la suppression d'actions en responsabilité, au cantonnement strict des actions possibles, à la preuve délicate à apporter lorsqu'est lésé un intérêt qui ne relève pas de la procédure collective, etc.

Accentuation du regain en 2012. La loi du 12 mars 2012, a créé une nouvelle action en responsabilité applicable au seul redressement judiciaire, situé à l'article L. 631-10-1 lequel dispose qu'« à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur ». Il s'agit donc d'un regain de responsabilité. Mais ce regain soulève des difficultés théoriques qu'il n'y a pas lieu de constater ici puisque nous manquons de recul. Nous tenterons de les résoudre lorsque nous étudierons l'actualisation de la responsabilité civile. À ce stade, nous pouvons soulever les questions que pose ce texte. Peut-il se cumuler avec celui relatif à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ? Les mesures

conservatoires prévues dans ce texte, seront ordonnées afin d'éviter que des biens puissent être soustraits de l'actif, mais elles ont pour effet de soustraire ces biens du patrimoine du propriétaire alors qu'il n'est que présumé responsable, ce qui paraît contraire à la finalité de la procédure collective aujourd'hui, sauf à ce que le législateur ait voulu introduire une sanction préventive… Mais si tel est le cas que devient la confiance envers le dirigeant ? Dans l'hypothèse où le dirigeant n'est pas déclaré responsable, qu'advient-il de la mesure conservatoire ? Pourquoi n'avoir ouvert cette action que dans le cadre du redressement judicaire, sans doute parce que la cessation est un des critères de mise en œuvre ; mais si tel est le cas, pourquoi ne pas l'avoir permise lors de la procédure de conciliation ? Autant de question que le législateur, sans doute dans sa précipitation, n'a pas pris le soin de résoudre.

Où se situe donc le regain ? À notre sens, dans la manière dont est appréhendée la faute de gestion issue de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif par la Cour de cassation (**Paragraphe 1**) et dans la possibilité pour certains créanciers de bénéficier d'une « seconde chance » (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'appréhension de la faute de gestion par la Cour de cassation

Il ne s'agit pas ici de discuter la qualification même de la faute de gestion, qui fera l'objet d'une étude particulière[1], mais au travers d'arrêts rendus par la Cour de cassation, de tenter rendre compte de la situation en droit positif. Pour ce faire, nous avons procédé à une recherche sur le site « Légifrance » avec comme critère temporel la période du 1er janvier 2005 à la date de clôture de ces travaux, soit une dizaine d'années et comme mots clés les termes « L. 651-2 » et « faute de gestion ». Il en est ressorti une centaine d'arrêts dont seule une trentaine nous a intéressé parce que répondant précisément à notre problématique et pour lesquels fut retenue (**A**) ou non (**B**) une faute de gestion.

A : La qualification de la faute de gestion

La qualification de la faute par la Haute juridiction ne signifie pas qu'il y ait forcément condamnation du dirigeant (**1**), c'est pourquoi il nous faut distinguer (**2**).

[1] V., *infra* « L'objectivation de la faute de gestion ».

1 : La qualification sans condamnation

Motifs restreints de la non condamnation. Le défaut de condamnation du dirigeant, pour les arrêts étudiés, concerne évidemment en premier lieu le non respect des conditions de fond de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Que ce soit le dommage : la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision en ne recherchant pas « comme elle y était invitée, s'il existait une insuffisance d'actif certaine au jour où elle statuait[1] », ici la faute de gestion retenue concernait la cession de crédit-bail par un gérant de droit à une société dont il était le gérant associé. La Cour d'appel a encore privé sa décision de base légale en ne précisant pas « si l'insuffisance d'actif existait à la date à laquelle M. X... avait cessé ses fonctions[2] », avec pour faute de gestion ici la recherche dans un contrat d'assurance d'une économie coupable, qui fut décidée « sciemment » à des fins de minoration des primes au détriment de la société.

Ou le lien de causalité : la Cour d'appel, qui n'a pas précisé en quoi « le remboursement litigieux, qui avait diminué tant le passif que l'actif, avait contribué à l'insuffisance d'actif[3] », a privé sa décision de base légale. La faute de gestion reprochée était constituée par le remboursement anticipé d'un prêt, dont le dirigeant était caution, quelques jours avant la cessation des paiements. En conséquence, ce dirigeant a distrait des sommes dans son intérêt personnel[4], au détriment de l'intérêt des créanciers. La Haute juridiction, de manière plus laconique et en ne niant pas la qualification de la faute de gestion par le juge du fond, qui résidait dans une absence de comptabilité réelle qui est à l'origine de la poursuite de l'activité dans l'intérêt du dirigeant, casse puisque n'est pas caractérisé « en quoi la faute de gestion (qu'elle) a retenue avait contribué à l'insuffisance d'actif[5] », ce qui prive la décision de base légale.

Le défaut de condamnation concerne aussi les conséquences de l'ouverture de la procédure collective : la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à son arrêt car elle n'a pas précisé « le jour exact retenu comme celui de la cessation des paiements, lequel constituait la

---

[1] Cass., com. 22 mai 2012, cassation n° 11-15.358.

[2] Cass., com. 13 décembre 2012, cassation n° 11-19.671. Pour une confirmation, v., Cass., com. 27 janvier 2015, cassation n° 13-12.430, *Act. proc. coll.* 2015, n° 4, alerte 61.

[3] Cass., com. 16 juin 2015, cassation n° 13-24.804, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, comm. 189, note A. Martin-Serf.

[4] Cette satisfaction n'a pas à être démontrée pour que le dirigeant soit condamné au paiement de l'insuffisance d'actif. V., Cass., com. 27 mai 2014, cassation n° 13-12.319, *Act. proc. coll.* 2014, n° 11, alerte 208.

[5] Cass., com. 30 juin 2015, cassation n° 13-23.026.

condition nécessaire pour retenir à l'encontre du dirigeant la déclaration tardive de la cessation des paiements[1] ».

Ensuite, le défaut de condamnation concerne les conditions d'application de l'article L. 651-2 du Code de commerce. Celui-ci dispose, en son alinéa premier, qu' « en cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsable ». Or, une Cour d'appel pour condamner solidairement deux dirigeants retient que « les « comportements » retenus ont constitué autant de fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société[2] » ce qui justifie selon elle leur condamnation solidaire au paiement de l'insuffisance d'actif. L'arrêt est cassé, pour « motivation insuffisante » à répondre aux exigences du texte susvisé, privant cette décision de base légale. La faute de gestion était protéiforme ici puisqu'elle se constituait par une déclaration tardive de la cessation des paiements, un redressement fiscal pour défaut de paiement de la taxe sur la valeur ajoutée, le prélèvement de sommes sur le compte courant professionnel sans justifier leurs destinations.

Aussi, le défaut de condamnation intervient lorsqu'à défaut de toute précision donnée sur la valeur de l'actif, il n'est pas établi que l'insuffisance d'actif était au moins égale au montant de la provision[3].

Enfin, le défaut de condamnation des dirigeants intervient lorsqu'une Cour d'appel a pris en considération des fautes, la non réunion des organes sociaux conformément aux statuts de la société et la poursuite d'une activité déficitaire dans un intérêt personnel, sans rechercher si elles ont été commises avant la cessation des paiements : « sans constater que les délais prévus aux articles L. 225-100 et L. 225-248 du code de commerce s'étaient écoulés avant la date de cessation des paiements, la cour d'appel, qui a pris cette faute en considération, a privé sa décision de base légale[4] ».

Donc, à la lecture de ces arrêts qui, bien que retenant une faute de gestion, ne condamnent pas, nous pouvons remarquer qu'il s'agit dans tous les cas d'une cassation pour défaut de base légale, ce qui traduit « un défaut de motivation qui entraîne une mauvaise application de la

---

[1] Cass., com. 1er février 2011, cassation n° 09-72.695, *Dr. sociétés* 2011, n° 8 et 9, comm. 159, note J.-P. Legros ; *Procédures* 2011, n° 5, note B. Rolland.

[2] Cass., com. 10 janvier 2012, cassation n° 10-28.067, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 6, comm. 211, note A. Martin –Serf.

[3] Cass., com. 30 juin 2015, cassation n° 13-28.537, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, comm.188, note A. Martin-Serf.

[4] Cass., com. 10 mai 2012, cassation n° 11-11.903, *Dr. sociétés* 2013, n° 5, comm. 88, note J.-P. Legros.

loi[1] ». Sont visés les conditions intrinsèques à la faute de gestion, les conditions d'application de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ou encore les conditions d'application du droit des procédures collectives.
Aussi, on peut être frappé par leur petit nombre (sept), ce qui reflète *a contrario* une volonté pour le juge de retenir la qualification de faute de gestion.

2 : La qualification avec condamnation

Lorsque les juges suprêmes approuvent la qualification de la faute de gestion retenue par les juges du fond, l'élément frappant des décisions étudiées est son caractère agrégant de faits qui, pris isolément, n'aurait peut être pas conduit à ce que soit retenue la responsabilité. Il est donc possible de retenir deux types d'agrégations, l'une interne (**a**), dont les faits proviennent de l'activité exercée au sein de l'entreprise considérée. L'autre externe (**b**), pour laquelle les faits reprochés se répercutent sur une autre activité. Il sera également possible de cumuler ces formes d'agrégations (**c**).

a : L'agrégation interne

Fautes de gestion intrinsèques à l'activité. Au titre de l'agrégation interne, on peut citer dans un ordre chronologique :
Premièrement[2] la faute de gestion constituée par la poursuite d'une activité déficitaire sans « paiement des cotisations sociales et des impôts » et par l'absence de déclaration de la cessation des paiements « bien que la société était manifestement hors d'état de faire face à son passif exigible puisqu'elle ne payait même pas les échéances du plan ».
Deuxièmement[3], sans fournir d'éléments matériels, les juges se contentent d'énoncer que « les conditions de la cession à l'origine de la procédure peuvent révéler des fautes des dirigeants

---

[1] J.-P. Ancel, « Le manque de base légale », colloque *Cycle Droit et techniques de cassation*, le jeudi 3 décembre 2009. Transcription consultable sur le site de la Cour de cassation à l'adresse suivante :
https://www.courdecassation.fr/IMG/File/Texte_M_%20Ancel_manque_base_lgale_031209.pdf site consulté le 28 juillet 2016.
[2] Cass., com. 21 juin 2005, rejet n° 04-12.087, *JCP E* n° 36, p. 1283 ; *JCP G* 2005, n° 31-35, IV 2846.
[3] Cass., com. 5 février 2008, rejet n° 07-10.004, *D.* 2008, p. 543, note A. Lienhard et p. 1231, note M.-L. Bélaval ; *RTD com.* 2008, p. 860, note C. Saint-Alary-Houin ; *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, comm. 86, note A. Martin-Serf ; *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, comm. 8, note J.-J. Fraimout ; *Procédures* 2008, n° 4, comm. 117, note B. Rolland.

des sociétés concernées ». L'emploi du pluriel indique simplement ici la commission de plusieurs faits.

Troisièmement[1], la faute de gestion relève de la poursuite d'une activité déficitaire révélée par des éléments matériels tels le fait pour les administrateurs de n'avoir pu « ignorer « l'état alarmant » de l'entreprise », le fait qu'ils aient eu « connaissance de la procédure d'alerte lancée par les commissaires aux comptes et ont été avertis de la « situation extrêmement tendue de la trésorerie » », que l'un d'eux a démissionné au motif de « « l'absence de lisibilité des comptes de la société » et des « réponses trop évasives formulées par son président » », fait qui aurait du éveiller les soupçons des administrateurs. En conséquences, ces derniers avaient la connaissance « du caractère déficitaire de l'exploitation, de l'état de cessation des paiements et de la situation irrémédiablement compromise de la société ».

Quatrièmement[2], La faute de gestion est constituée par le désintérêt du dirigeant de la société matérialisée par la déclaration tardive de la cessation des paiements, par le fait qu'il n'ait pris « aucune mesure permettant de redresser la situation ou même d'éviter de l'aggraver » et d'avoir poursuivi l'exploitation alors qu'elle était déficitaire.

Cinquièmement[3], la faute de gestion résulte d'une déclaration tardive de la cessation des paiements. En effet, la cessation des paiements, caractérisée par « des factures impayées » et par le bilan qui « ne faisait état d'aucune disponibilité et montrait d'importantes pertes d'exploitation », de sorte que les difficultés de trésorerie et le fait que l'état de cessation des paiements aurait dû intervenir trois mois avant celui déclaré constitue cette déclaration tardive.

Sixièmement[4], la Cour casse un arrêt d'appel qui débouta le liquidateur au motif que celle-ci n'a pas vérifié « si ne constituaient pas des fautes de gestion », pour un dirigeant le fait de poursuivre une activité déficitaire, pour l'autre « le fait que le ralentissement des déficits durant sa gérance ne s'était pas en réalité traduit par une nouvelle aggravation du passif de la société ». Les juges suprêmes mettent en évidence les fautes de gestion, orientant ceux de la cour de renvoi dans la manière de les qualifier.

---

[1] Cass., com. 31 mai 2011, rejet n° 09-67.661, *Rev. sociétés* 2011, p. 521, note Ph. Roussel-Galle ; *Dr. sociétés* 2011, n° 11, comm. 200, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, comm. 199, note A. Mertin-Serf ; *JCP E* 2011, n° 37, p. 1655, note B. Dondero et A. Couret ; *Act. proc. coll.* 2011, n° 13, note J.-C. Pagnucco.

[2] Cass., com. 31 mai 2011, rejet n° 10-17.684.

[3] Cass., com. 27 mars 2012, rejet n° 11-13. 787, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 6, comm. 210, note A. Martin-Serf.

[4] Cass., com. 5 juin 2012, cassation n° 11-16.404.

Septièmement[1], la faute de gestion découle de la poursuite de l'activité déficitaire et de la non contestation de l'exigibilité des créances.

Huitièmement[2], la faute de gestion se déduit des faits tels pour le dirigeant de ne pas pouvoir présenter « aucun élément comptable pour l'exercice clos » et de s'être abstenue de « mettre en place des outils de gestion fiables, tels qu'un tableau de bord et des situations mensuelles ou trimestrielles ».

Neuvièmement[3], la faute de gestion retenue par les juges ressort du fait pour le dirigeant « d'avoir effectué des débits sur ce compte (compte litigieux qui fonctionnait comme un compte courant) à son profit et ainsi disposé des biens de la personne morale comme des siens propres », « d'avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète » et enfin d'avoir « poursuivi une activité déficitaire au regard de l'importance de l'insuffisance d'actif de la société ».

Dernièrement[4], l'embauche d'un salarié, en prévoyant dans son contrat de travail une indemnité conventionnelle d'un montant disproportionné (205.036 euros, sans tenir compte de la durée de la présence dans l'entreprise ni n'être justifiée par les perspectives de croissance du chiffre d'affaires), constitue une faute de gestion au regard de l' « acceptation de cette indemnité de licenciement, qui ne pouvait qu'alourdir de manière conséquente les charges de la société au regard du salaire net versé » au salarié et du fait que le « versement de cette indemnité avait impacté les comptes 2007 ayant affiché un résultat d'exploitation négatif ».

Ainsi, au travers de ces exemples un double constat s'impose. Les arrêts rendus constatant une faute de gestion sont tous (à une exception près, mais peut-on réellement parler d'exception puisque ce fut le liquidateur judiciaire qui forma le pourvoi en cassation) des arrêts rejetant le pourvoi et aucun, pour la constater, ne semble se contenter d'un seul élément matériel. Ce qui tend à prouver, que la faute de gestion est caractérisée par la liaison d'un agrégat de faits.

b : L'agrégation externe

Fautes de gestion extrinsèques à l'activité. Là aussi les exemples seront cités dans un ordre chronologique.

---

[1] Cass., com. 22 mai 2013, rejet n° 12-14.956, *Act. proc. coll.* 2013, n° 11, alerte 158 et 159.
[2] Cass., com. 17 décembre 2013, rejet n° 12-25.519.
[3] Cass., com. 11 février 2014, rejet n° 12-21.069, *JCP E* 2014, n° 23, p. 1299, note C. Delattre.
[4] Cass., com. 28 juin 2016, rejet n° 14-22.534.

Premièrement[1], commet une faute de gestion, la commune, principal bailleur de fonds d'une association sportive disposant en son sein de trois sièges directeurs, qui a financé des structures ce qui a permis la survie artificielle de l'association alors qu'elle était en mesure de dicter ses choix par le poids de son soutien, qui a imposé une subvention qui ne pourrait pas être remboursée. De sorte que les financements détournés ont entretenu pendant plusieurs exercices l'illusion d'une santé financière que l'association n'avait pas et le non usage de son influence pour contraindre le président de l'association à déposer le bilan dès sa connaissance de la situation de la cessation des paiements, matérialisent cette faute.

Deuxièmement[2], la décision concerne un groupe de société, dont les locaux sont situés dans les Hauts-de-Seine et dont l'exploitation se déroule dans le Haut-Doubs. Dans cette affaire, le « défaut d'intérêt du dirigeant, la gestion chaotique et coûteuse de la société constituent des fautes de gestion ». En effet, d'abord le choix pour le dirigeant d'assurer la direction depuis le siège social avec une assistante de direction « n'était pas adapté aux exigences de la direction d'une PME industrielle du Haut-Doubs ». Ensuite, « l'éloignement du dirigeant ne lui a pas permis de prendre les décisions qui s'imposaient et générait des charges tant pour l'occupation des locaux que pour le salaire de l'assistante de direction ». Enfin, ce dirigeant n'a pas tiré de conséquence quant au caractère « périlleux de la situation de la société » filiale, n'a pas pris en compte « le projet de cession de l'entreprise auquel il travaillait », n'a pas recherché « si son échec ayant rendu inévitable une procédure collective n'était pas imputable à l'actionnaire majoritaire ». En conséquence de quoi, l'actionnaire majoritaire de la société qui était, « d'un côté, gérée depuis des locaux loués dans la ville de Colombes cependant que l'exploitation se déroulait dans le Haut-Doubs et de l'autre, qu'elle employait dans cette commune une secrétaire, percevant le deuxième salaire le plus élevé de la société, pour se consacrer essentiellement aux besoins personnels » de celui-ci, a commis une faute de gestion tenant à l'emploi de biens sociaux dans un intérêt contraire à la société.

Troisièmement[3], une dirigeante est responsable « des fautes des gestion qu'elle avait commises, dont la double mobilisation de créances au préjudice » d'une société de factoring. Ces fautes ayant consisté à mettre en place une double facturation pour un montant de près d'un million d'euros.

---

[1] Cass., com. 15 juin 2011, rejet n° 09-14.578 ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, comm. 209, note A. Martin-Serf ; *Act. proc. coll.* 2011, n° 13, alerte 206.

[2] Cass., com. 22 janvier 2013, rejet n° 11-27.420, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 6, comm. 174, note A. Martin-Serf.

[3] Cass., crim. 22 octobre 2014, rejet n° 13-22.898.

Quatrièmement[1], la faute de gestion se caractérise par la prise de six mille commandes en ligne, non honorées auprès des clients de la société, de sorte que l'encaissement des acomptes correspondant aggrava le passif de près de 6 millions d'euros.
Dernièrement[2], les agissements du gérant étaient constitués par la dissimulation d'un commodat, le privant sans contrepartie « de l'usage d'une machine essentielle à son activité, ce qui ne pouvait que conduire à diminuer sa production et ses résultats » en faveur d'une société en voie de constitution dont il était l'associé majoritaire, alors que la société a continué à faire usage de la machine. La Cour d'appel, qui remet en cause l'intérêt de ce contrat, déduit de ces faits la caractérisation d'une faute de gestion.
Donc, nous pouvons remarquer qu'ici aussi les arrêts rendus sont tous de rejet, et que la faute de gestion peut s'entendre comme celle possédant un lien avec une activité autre que celle exercée à l'origine.

c : La possibilité de cumuler les formes d'agrégations

Fautes de gestion mixte. Toujours énoncés par ordre chronologique, les exemples montreront que la faute de gestion peut consister aussi en des actes propres à l'activité auxquels sont associés des actes en lien avec d'autres activités.
Premièrement[3], les actes matériels étaient particulièrement nombreux. Ils se caractérisaient par la poursuite d'une activité déficitaire entraînant une accumulation de passif que le dirigeant « aurait pu éviter » ; par une déclaration tardive et volontaire de la cessation des paiements, « pour éviter une assignation en redressement judiciaire ». Ces actes étaient internes à l'activité. À ceux-ci s'ajouta la signature d'un contrat avec une société tiers « qui s'était révélé catastrophique pour la société dont la situation était particulièrement fragile », signature poursuit la Cour qui avait été « une grave faute de gestion ».
Deuxièmement[4], constitue une faute de gestion la distribution exceptionnelle, entérinée par l'assemblée générale ordinaire de deux sociétés, de dividendes aux actionnaires prélevés sur le poste « autre réserve » de ces sociétés tiers, dont le dirigeant mis en cause prévoyait l'acquisition d'actifs mobiliers, « privant ces sociétés d'une partie importante de leurs réserves tandis que leur passif n'était pas réglé, et ce, dans un contexte de baisse d'activité ».

---

[1] Cass., com. 24 mars 2015, rejet n° 14-10.354.
[2] Cass., com. 29 septembre 2015, rejet n° 14-18.135, *Act. proc. coll.* 2015, n° 18, alerte 288.
[3] Cass., com. 7 juin 2005, rejet n° 04-13.262, *JCP E* 2005, n° 1751, note C. Delattre ; *Rev. proc. coll.* 2006/3, n° 3, p. 291, note A. Martin-Serf.
[4] Cass., com. 25 octobre 2011, rejet n° 10-23.671, *Act. proc. coll.* 2011, n° 20, alerte 135.

Troisièmement[1], la faute de gestion se déduit de l'agrégation interne par la poursuite de l'activité déficitaire, caractérisée par « une insuffisance initiale de financement », par le fait aussi que malgré les deux augmentations de capital, les capitaux propres étaient restés négatifs, et enfin par l'échec de l'introduction en bourse. Elle se déduit aussi de l'agrégation externe puisque des marques détenues par la société ont été cédées sans avoir été enregistrées à la date du contrat de vente. De sorte que cette société se présentait encore comme le propriétaire des marques dans ses relations avec les tiers. C'est pourquoi le profit enregistré dans les comptes de la société permettant d'afficher des capitaux propres positifs nécessaires pour l'introduction en bourse, tend à qualifier cette cession de fictive.

Quatrièmement[2], c'est le liquidateur qui forma le pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel qui n'a pas apprécié les fautes de gestion qui ne pouvaient « que conduire à l'état de cessation des paiements ». Fautes qui consistaient dans le fait de faire « supporter à la société au titre de ses salaires et avantages en nature des sommes beaucoup trop importantes au regard de la faible marge qu'elle réalisait », ce qui caractérise une agrégation interne. Mais aussi le fait de souscrire à « des marchés à très faible marge, sans pouvoir assumer le risque de retard en faisant un appel massif à la sous-traitance », caractérisant alors l'agrégation externe.

Dernièrement[3], l'agrégation interne découle de la poursuite de l'activité déficitaire sans mesures de restructuration et de la déclaration tardive de la cessation des paiements. L'agrégation externe provient quant à elle du fait pour le dirigeant d'avoir laissé « impayée une dette très importante », provenant de l'émission au profit d'un tiers de « quatre lettres de change d'un montant de plus 100.000 euros non approvisionnées ». Le tout caractérisant la faute de gestion.

Donc, nous pouvons remarquer que si le type d'arrêt rendu par la Cour de cassation, à propos de ces fautes, est (presque) toujours l'arrêt de rejet, les faits amenant à la qualification de celles-ci peuvent concerner soit l'activité interne soit se répercuter sur une activité extérieure.

La condamnation du dirigeant parce qu'une faute de gestion est caractérisée démontre le regain de responsabilité. De sorte que l'absence de qualification est une hypothèse marginale.

---

[1] Cass., com. 13 novembre 2012, rejet n° 11-13.340.
[2] Cass., com. 3 décembre 2013, cassation n° 12-19.881.
[3] Cass., com. 29 avril 2014, rejet n° 13-11.798, *Act. proc. coll.* 2014, n° 9, alerte 175.

B : L'absence de qualification de la faute de gestion

L'absence de qualification de la faute de gestion par les juges suprêmes, pour les arrêts étudiés, se justifie soit par le principe de proportionnalité (**1**), soit par la non caractérisation des éléments par les juges du fond (**2**), soit enfin par le contrôle de qualification exercé par la Cour de cassation (**3**).

1 : L'application du principe de proportionnalité

Paradoxe. La Cour de cassation impose, lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif sont retenues, que chacune d'entre elles soit légalement justifiée[1]. Or, en l'espèce le paradoxe tient en la faute, *a priori* unique, soit la déclaration tardive de la cessation des paiements. Les juges du fond n'ayant pas caractérisé l'actif disponible condition de celle-ci. Si la première partie de la solution de la Cour de cassation paraît justifiée, à savoir « lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion, même unique, ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux », bien que l'expression « même unique » semble révéler la rareté d'une telle hypothèse, ce qui est confirmé à la vue des développements précédents. La seconde partie de la solution qui vise le principe de proportionnalité, « lorsque plusieurs fautes de gestion (…) chacune d'entre elles » doit être légalement justifiée, peine à trouver sa justification au sein de cet arrêt justement parce que la faute est *a priori* unique.

Brèche dans le regain de responsabilité. L'introduction de la proportionnalité à propos de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif durcit le contrôle opéré par la Cour de cassation à propos de la faute de gestion. La proportionnalité agit donc comme le ciment de la motivation des juges du fond, qui doit s'apprécier non pas comme un tout mais dont les éléments indépendants les uns des autres doivent être justifiés. Elle fonde la

[1] Cass., com. 15 décembre 2009, cassation n° 08-21.906, *D.* 2010, note A. Lienhard ; *Act. proc. coll.*, janvier 2010, n° 2, alerte 31, note J. Vallansan ; *Dr. sociétés* 2010, n° 3, comm.55, note J.-P. Legros ; *Rev. sociétés,* 2010, p. 256, note N. Morelli ; *JCP G* 2010, n° 6, p. 55, note Ph. Delmotte et Ph. Roussel Galle ; *LPA* 2010, n° 35, p. 8, note G. Teboul et P. Nabet, *LPA* 2010, n° 70, p. 3 ; *Rev. proc. coll.*, mai 2010, n° 3, comm.115, note A. Martin-Serf.

divisibilité des fautes et engendre mécaniquement un accroissement de l'efficience du contrôle des juges suprêmes.

Dès lors, la technique du faisceau de fautes, largement utilisé par les juges du fond (pour s'en convaincre il suffit de se référer aux arrêts étudiés à propos de la qualification de la faute de gestion) semble maintenant devoir être manié avec une grande prudence ; alors que parallèlement le risque, pour le demandeur au pourvoi, décroit.

Enfin, l'application de ce principe à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif tend à éloigner selon nous cette action de la fonction indemnitaire, pour la rapprocher de la fonction rétributive[1].

2 : La non caractérisation de la faute de gestion

Conditions matérielles de qualification de la faute de gestion. La responsabilité était recherchée pour une double faute « tenant d'un côté, au défaut d'inscription en comptabilité d'une dette de 48 707, 22 euros et, de l'autre, à l'absence, dans le délai légal, de déclaration de la cessation des paiements[2] ». Le liquidateur débouté en appel forme le pourvoi. Celui-ci est rejeté d'une part car « si le fait de ne pas porter au passif de la société le montant d'une condamnation qui mettait en péril son équilibre financier constitue une faute de gestion », le liquidateur ne démontre ni que « cette erreur de gestion » a contribué à l'insuffisance d'actif, ni qu'elle ait été commise « dans le but de protéger les intérêts personnels » du dirigeant » ; et d'autre part car l'état de cessation des paiements n'était pas caractérisé à une date antérieure à celle fixée dans le jugement d'ouverture, dès lors que la société bénéficiait notamment d'un soutien bancaire tendant à écarter la matérialisation de la cessation des paiements.

Il nous paraît incongru de qualifier d'erreur de gestion le défaut d'inscription en comptabilité alors que la dette s'élevait à près de 50.000 euros, sauf à considérer que cette erreur ne crée pas de passif, ce qui ressort de l'absence de lien de causalité, bien que la Cour reconnaisse que ce défaut d'inscription mettait en péril l'équilibre financier de la société.

Une faute de gestion se définit donc à la fois par sa nature, une faute dans la gestion et par ses effets, une aggravation du passif.

---

[1] V., *infra* « L'influence de la politique juridique de la procédure collective sur la responsabilité civile ».

[2] Cass., com. 3 juillet 2012, rejet n° 10-17.624.

En outre, si la loi n'érige pas la condition de protection des intérêts personnels du dirigeant en élément constitutif de la faute de gestion, les juges sont enclins à la retenir dans leur appréciation.
Enfin, la qualification d'erreur de gestion du défaut d'inscription en comptabilité d'une dette appelle à la clémence des juges.

3 : Le contrôle de qualification de la faute de gestion

Exploitation non déficitaire et manque de rigueur dans la gestion ne constituent pas une faute de gestion. La Cour de cassation, se retranchant derrière le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond, a estimé que d'un côté « le montant global du passif n'avait pas augmenté de manière significative durant la période suspecte et que durant ladite période les dettes plus anciennes avaient été payées, ce dont il résultait que l'exploitation souffrait essentiellement d'un décalage important entre l'exigibilité du passif et le moment où il était réglé », et d'un autre côté, « que le défaut de rigueur dans la gestion des stocks (…) pouvait tout autant résulter des difficultés déjà éprouvées dans l'exploitation de l'entreprise ». Or ces faits selon la Cour ne constituent pas une faute de gestion[1].

L'insuffisance d'apports, imputables aux associés, ne constitue pas une faute de gestion. En effet, la solution est laconique : « l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, qui est imputable aux associés, ne constitue pas une faute de gestion[2] ». Cette solution peut s'interpréter à la lettre de l'article L. 651-2 du Code de commerce. Appliquant strictement ses conditions d'application, la Cour en déduit logiquement que le gérant, en tant qu'associé, ne peut pas être poursuivi pour insuffisance d'actif sauf à séparer les deux casquettes. Cette solution est à rapprocher d'une autre rendue quelque mois plus tard. Se fondant également sur l'imputabilité fonctionnelle de la faute, la Cour de cassation en déduit que « l'absence de régularisation effective, dans le délai légal de deux ans, de la situation des capitaux propres d'une société anonyme devenus inférieurs à la

[1] Cass., com. 15 juin 2011, rejet n° 10-18.585.
[2] Cass., com. 10 mars 2015, cassation n° 12-15.505, *Rev. sociétés* 2015, p. 406, note L.-C. Henry ; *Rev sociétés* 2015, p. 468, note D. Poracchia ; *RLDA* mai 2015, n° 15, p. 18, note D. Voinot ; *Dr. sociétés* 2015, n° 117, note J.-P. Legros ; *JCP E* 2015, p. 1338, note B. Dondero ; *BJE* 2015, p. 248, note T. Favario.

moitié du capital social, qui est imputable aux actionnaires, ne constitue pas une faute de gestion dont les dirigeants auraient à répondre[1] ».

Le regain se manifeste donc par la condamnation du dirigeant à supporter l'insuffisance d'actif à cause de sa faute de gestion. Il se manifeste aussi au travers des hypothèses de réouvertures et de reprises.

Paragraphe 2 : Les suites de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif

Le terme « reprise » employé ici indique que l'action en responsabilité intentée contre le débiteur fut stoppée, par le jugement d'ouverture de la procédure collective, en vertu de l'article L. 622-21 du Code de commerce. Cet article est le siège de l'arrêt des poursuites individuelles, il s'applique à la liquidation judiciaire, par le jeu du renvoi de l'article L. 641-3 du même code.

Ainsi, le débiteur en liquidation judicaire semble bénéficier d'une immunité s'agissant des actions pouvant toucher à son patrimoine[2]. Immunité qui devrait cesser suite à la clôture de la procédure, qui peut désormais intervenir dans cinq hypothèses[3]. Selon l'article L. 643-9 du Code de commerce, la clôture de la liquidation judiciaire peut intervenir, pour extinction du passif ; pour insuffisance d'actif ; lorsque l'intérêt de cette poursuite est disproportionné par rapport aux difficultés de réalisation des actifs résiduels ; en cas de plan de cession, dans ce cas le tribunal ne prononce la clôture de la procédure qu'après avoir constaté le respect de ses obligations par le cessionnaire ; enfin le tribunal peut prononcer la clôture de la procédure en désignant un mandataire ayant pour mission de poursuivre les instances en cours et de répartir, le cas échéant, les sommes perçues à l'issue de celles-ci lorsque cette clôture n'apparaît pas pouvoir être prononcée pour extinction du passif.

---

[1] Cass., com. 13 octobre 2015, cassation n° 14-15.755, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 3, comm.93, note A. martin-Serf ; *Dr. sociétés* 2016, n° 5, comm.87, note J.-P. Legros.

[2] Bien que ce terme ne soit pas nécessairement exact, v., *supra* « Le débiteur auteur d'une faute ».

[3] V., D. Voinot, « Les modifications intéressant la liquidation judicaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 8 avril 2014, n° 98.

Or, la question que l'on peut se poser à ce propos est celle de savoir s'il est possible de reprendre une action en responsabilité civile, déjà intentée mais interdite ou interrompue[1], après clôture de la liquidation judiciaire ?

Il sera donc étudié la réouverture de la procédure de liquidation judiciaire (**A**) ainsi que la reprise des poursuites (**B**).

A : La réouverture de la procédure de liquidation judiciaire dans l'intérêt collectif

Dans une note émanant du conseil d'analyse économique, relative aux « enjeux économiques du droit de la faillite[2] », il est écrit que « le droit des faillites français se distingue très nettement dans les comparaisons internationales par une protection faible des intérêts des créanciers par rapport à ceux des autres parties prenantes, notamment les actionnaires. Nous pensons que cette singularité nuit à la capacité de financement des entreprises, notamment petites et moyennes, et *in fine* à l'emploi. Nous recommandons une évolution mesurée du droit des faillites vers une meilleure protection des créanciers ». Si ce document doit se comprendre comme une « nouvelle offensive idéologique[3] », exclusivement orientée en faveur des créanciers, donc très loin de la philosophie contemporaine du droit des entreprises en difficulté[4], il n'intègre aucune recommandation relative à la réouverture de la procédure, ce qui peut sembler paradoxal puisqu'elle semble prendre la forme d'une seconde chance laissée à l'intérêt collectif des créanciers. En effet, en toute fin de section relative à la « clôture des opérations de liquidation judiciaire » figure l'article L. 643-13, alinéa 1er, du Code de commerce, qui concerne cette possibilité conformément à la Constitution[5], au terme duquel « si la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée pour insuffisance d'actif et qu'il apparaît que des actifs n'ont pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées pendant le cours de la procédure, celle-ci peut être reprise ».

Étudions les conditions de cette réouverture (**1**). S'en suivra la question relative à l'exercice d'une action en responsabilité (**2**), puis plus précisément de la réouverture pour exercer une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (**3**).

---

[1] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1366, p. 629 et C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1348, p. 847.

[2] Note du Conseil d'analyse économique, n° 7. Consultable à l'adresse suivante : http://www.cae-eco.fr/Les-enjeux-economiques-du-droit-des-faillites.html site consulté le 30 juillet 2016.

[3] C. Lèguevaques, « Les créanciers contre-attaquent », *LPA* 10 juillet 2013, n° 137, p. 4.

[4] Philosophie contemporaine qui tend vers un équilibre entre les droits et devoirs des créanciers et débiteurs.

[5] Cass., com. 29 janvier 2013, non lieu à renvoyer au Conseil constitutionnel n° 12-40.089.

1 : Les conditions de la réouverture

Une clôture pour insuffisance d'actif. La première condition pour que des actions dans l'intérêt des créanciers soit reprise est une clôture pour insuffisance d'actif, issue la plus fréquente[1]. L'insuffisance d'actif est caractérisée « lorsque le produit de la réalisation des actifs du débiteur et des actions et procédures engagées dans l'intérêt de l'entreprise ou des créanciers ne permet plus de désintéresser, même partiellement, les créanciers[2] ». Il peut donc sembler incongru de donner la possibilité aux créanciers de reprendre une action alors que précisément tout, ou presque, a été absorbé.
Quoi qu'il en soit, le fondement de cette reprise ne repose pas sur une fraude du débiteur[3], mais sur un fait objectif « que certains éléments d'actif qui existaient entre les mains du débiteur avant la clôture n'ont pas été appréhendés comme ils l'auraient dû par la procédure, peu important la raison[4] ».

Le refus de la réouverture. La reprise de la procédure n'est pas une obligation pour le tribunal, en effet l'évocation de la possibilité de la reprise à l'alinéa 1er, implique un certain opportunisme de la part des juges dont le refus est soumis au contrôle de la Cour de cassation, pour qui « en refusant, par une décision motivée, la reprise de la liquidation judiciaire, la cour d'appel n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 622-34[5] » ancien. Or, face à cette faculté et pour tenter de la parer, sans doute serait-il opportun, comme le préconise Mme Pérochon, de distinguer deux situations, à l'image de la distinction entre les commerçants honnêtes et malhonnêtes. En effet, d'un côté il est certain que cette faculté est « indispensable pour le cas des actions non engagées[6] », cela évite le déclenchement d'actions farfelues bien que la seule existence d'un passif résiduel, caractérisé par la clôture pour insuffisance d'actif, semble justifier la reprise de la procédure et que « peu importe que seule la partie saisissable des rémunérations dues au débiteur profite à la collectivité des créanciers. Peu importe encore

[1] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1056, p. 603.
[2] Article R. 643-16 du Code de commerce.
[3] Tel était le cas sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. Son article 170 disposait que « si la clôture de la liquidation judiciaire est décidée pour insuffisance d'actif et s'il apparaît que des actifs ont été dissimulés ou, plus généralement, en cas de fraude commise par le chef d'entreprise ou les dirigeants sociaux, la procédure de liquidation judiciaire peut être reprise à la demande de tout intéressé (…) »
[4] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1339, p. 618.
[5] Cass., com. 11 décembre 2012, rejet n° 11-25.399, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 4, dossier 30, note L. Le Mesle.
[6] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1348, p. 621.

que cette partie saisissable soit faible, en comparaison de la partie qui demeurera insaisissable. Peu importe enfin que le recouvrement de cette fraction de créance soit incertain, car lié au succès de l'action en justice reprise par le liquidateur[1] ». D'un autre côté, cette faculté paraît contraire aux intérêts du créancier s'il apparaît que des actifs n'ont pas été réalisés, et *a fortiori* puisque « la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire ne peut être prononcée lorsqu'il subsiste des actifs réalisables du débiteur susceptibles de désintéresser, même partiellement, les créanciers[2] ».

Une réouverture attitrée. La demande en réouverture peut émaner soit du liquidateur précédemment désigné, du ministère public ou de tout créancier intéressé[3]. Le tribunal pouvant se saisir d'office. Lorsque l'action émane des créanciers, ceux-ci doivent « justifier avoir consigné au greffe du tribunal les fonds nécessaires aux frais des opérations ». Cette obligation[4] raréfie le déclenchement d'actions farfelues, mais semble inégalitaire pour le créancier. Qu'advient-il de ces sommes si l'action entreprise par le créancier est infructueuse, si, comme le prévoit le Code de commerce, « les sommes recouvrées à la suite de la reprise de la procédure » sont inexistantes ? Si elles ne lui sont pas remboursées, cela mettrait le créancier dans une situation encore plus délicate que celle du débiteur dont une action en responsabilité est déclenchée sur le fondement de l'article L. 631-10-1 du Code de commerce qui a fait l'objet d'une mesure conservatoire, mais pour qui, finalement, aucune condamnation est prononcée, puisque dans ce cas les sommes consignées devront lui être restituées[5]. Donc les sommes déposées devraient dans tous les cas lui être restituées.

Délai de la réouverture. Aucune condition de délai n'encadre l'exercice de cette reprise si ce n'est la condition relative à la justification d'une créance[6], inexistante dans cet arrêt car, faute de déclaration au passif, le créancier ne bénéficiait pas de la qualité de

---

[1] CA Colmar, ch. 1, sect. A, 27 mars 2012, n° 11/06001, *Act. proc. coll.* n° 12, note P. Cagnoli.
[2] Cass., com. 22 janvier 2008, cassation n° 06-20.766, *D.* 2008, p. 348, note A. Lienhard ; *RTD civ.* 2008, p. 512, note T. Revet ; *JCP E* 2008, n° 7, p. 1432, note M. Cabrillac ; *Gaz. proc. coll.* 29 avril 2008, p. 23, note D. Voinot ; *LPA* 2 juin 2008, note J.-P. Sortais.
[3] Article L. 643-13, alinéa 2, du Code de commerce.
[4] V., CA Paris, 3e ch. A 6 avril 1993, n° [XP060493X], *D.* 1993, n° 37, p. 321, note A. Honorat. En l'espèce, les fonds nécessaires aux opérations n'ayant pas été consignés comme l'exigent les dispositions de l'article 170 de la loi du 25 janvier 1985, il s'ensuit que la requête est irrecevable.
[5] V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 926.42, p. 2688.
[6] CA Besançon, 29 mars 2000, n° 98/01509.

créancier intéressé l'autorisant à demander la réouverture de la liquidation judiciaire. Ou alors la prescription.

La réouverture n'est pas une nouvelle liquidation. Il s'agit ensuite d'une « ré-ouverture » de sorte qu'il n'y a pas une nouvelle procédure de liquidation judiciaire, le liquidateur précédemment désigné reprend ses fonctions. Elle n'a alors que pour unique but, la réalisation des actifs ou l'engagement des actions[1].

Il est à noter une innovation issue de l'ordonnance du 12 mars 20114, qui introduit à l'alinéa 3 de l'article L. 643-13 du Code de commerce une des « conséquences de l'effet réel de la procédure collective[2] » : « la reprise de la procédure produit ses effets rétroactivement pour tous les actifs du débiteur que le liquidateur aurait dû réaliser avant la clôture de la procédure de liquidation judiciaire ».

D'où la question de savoir quelles sont les actions susceptibles d'être reprises ?

S'il ne fait aucun doute que les actions en reconstitution de l'actif, comme les actions en responsabilité peuvent être engagées, un doute subsiste pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

2 : La réouverture pour exercer une action en responsabilité

L'exercice des actions en responsabilité civile. S'il est tout à fait possible de mettre en jeu la responsabilité d'une banque pour soutien abusif, du liquidateur pour faute, ou encore d'un tiers pour des faits de concurrence déloyale[3], ce qui justifie la réouverture de la procédure, il est aussi possible de poursuivre une action déjà entreprise au cours de la liquidation judiciaire. En effet, la Cour de cassation a pu estimé « qu'il se déduit de l'article L. 643-13 du code de commerce qu'une liquidation judiciaire, clôturée pour insuffisance d'actif, peut être reprise afin de poursuivre une procédure déjà engagée dans l'intérêt de l'entreprise, en vue de l'allocation de dommages-intérêts[4] ». Cette solution, qui semble *contra legem,* puisque la lettre de l'article prévoit le cas d'actions n'ayant pas été engagées avant la clôture de la procédure, divise la doctrine. Pour Mme Pérochon, elle offre un droit de repentir illimité,

---

[1] Cass., com. 24 mars 2015, rejet n° 13-28.155, *BJE* n° 4, p. 217, note L. Le Mesle.

[2] D. Voinot, « Les modifications intéressant la liquidation judicaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 8 avril 2014, n° 98.

[3] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1074, p. 612.

[4] Cass., crim. 27 janvier 2010, rejet n° 09-87.361, *Rev. sociétés* 2010, p. 193, note Ph. Roussel Galle ; *RTD com.* 2010, p. 618.

voire un instrument de chantage pour les créanciers[1] alors que selon M. Roussel Galle, « une telle lecture sans doute trop restrictive serait contraire à l'esprit de cette disposition, et inopportune à l'heure où le législateur souhaite accélérer le déroulement des procédures et par voie de conséquence les clôtures rapides. La possibilité de reprendre la procédure soit pour réaliser des actifs dissimulés ou tout simplement oubliés, soit pour engager mais aussi selon cet arrêt, pour poursuivre, des actions, permet précisément de clôturer plus rapidement[2] ». Selon nous, cette solution se justifie si l'on considère qu'il existe une hiérarchie entre les intérêts. En effet, la chambre criminelle semble[3] ici distinguer l'intérêt de l'entreprise de l'intérêt collectif des créanciers, ce qui reviendrait alors à offrir la possibilité de poursuivre une action suite à la réouverture de la liquidation judiciaire lorsqu'est en jeu l'intérêt de l'entreprise ; et d'entreprendre une nouvelle action lorsqu'est en jeu l'intérêt collectif des créanciers. Cette solution ne paraît pas, *a priori* justifiée car il est acquis que la reprise de la liquidation judiciaire profite à la collectivité des créanciers, sans distinction quant à l'action elle-même[4]. Ce qu'a pu rappeler la Cour de cassation : « qu'ayant relevé que les opérations de liquidation judiciaire de la société ont été clôturées pour insuffisance d'actif, l'arrêt retient qu'à supposer fondée la demande dirigée contre l'ancien liquidateur par le mandataire *ad hoc* agissant pour le compte de la société, les sommes susceptibles de lui être allouées à l'issue de la procédure constitueraient un actif qui devrait être distribué aux créanciers[5] », d'où la confusion que semble opérer la Haute juridiction entre intérêt de l'entreprise et intérêt des créanciers. Ce qui ne semble pas non plus justifié.

Les effets de la réouverture. Le premier effet de la réouverture de la liquidation judiciaire est son effet rétroactif[6]. En outre, son objet étant ici l'exercice et, *a priori*, la poursuite d'une action dans l'intérêt des créanciers, il faut en conclure que le produit de ces actions profitera aux créanciers et, que s'il apparaît que des actifs, non réalisés au cours de la liquidation judiciaire, ne sont pas visés lors de la saisine, ceux-ci pourront être appréhendés. En effet, le jugement de reprise « produit ses effets rétroactivement pour tous les actifs qui, à

---

[1] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1345, p. 620.
[2] Ph. Roussel Galle, « Reprise de la liquidation judiciaire d'une société après clôture pour insuffisance d'actif », note sous Cass., crim n° 09-87.361 précité.
[3] Dans la mesure où il ne s'agit pas de la chambre commerciale, on ne peut être catégorique.
[4] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1356, p. 624.
[5] Cass., com. 10 mai 2012, rejet n° 10-28.217, *D.* 2012, p. 1325 note A. Lienhard ; *JCP E* 2012, n° 31-34, p. 1479, note C. Lebel ; *Act. proc. coll.* 2012, n° 10, alerte 153, note J. Vallansan ; *Bull. Joly* 2012, n° 9, p. 641, note O. Staes.
[6] V., Cass., com. 13 juin 2006, rejet n° 05-10.888 et 10 mai 2012, cassation n ° 11-13.284, *Act. proc. coll.* 2012, n° 10, alerte 152.

la date de la clôture de la procédure de liquidation judiciaire, faisaient partie du patrimoine du débiteur soumis à la procédure de liquidation judiciaire et qui n'ont pas été réalisés[1] ». Or, selon l'article L. 643-13 du Code de commerce, qui ne traite pas des conséquences d'une telle réouverture, il est possible de concevoir que si les actifs non visés par la requête en réouverture sont susceptibles d'être attrapés par la liquidation judicaire, sans doute les nouveaux biens acquis par le débiteur suite à la clôture peuvent aussi être captés ; *a fortiori* en cas de faute caractérisée du débiteur, la fraude faisant bien recouvrer aux créanciers leur droit de poursuite individuelle lors de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif[2].

3 : La reprise pour exercer une action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Applicabilité théorique *vs* inapplicabilité pratique. Nous serons beaucoup plus bref ici, les conditions et conséquences ayant déjà été évoquées. Seule sera évoquée la possibilité ou non de réouverture de la liquidation judiciaire pour exercer une action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Possibilité évoquée par M. Sortais, pour qui la juridiction saisie de la procédure collective est compétente de sorte que la reprise préalable de la procédure collective s'impose[3]. Selon M. Le Corre, cette action ne semble pas pouvoir être entreprise du fait de la clôture de la procédure, et surtout en vertu du délai de prescription attachée à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Le délai de trois ans prévu par l'alinéa 2 de l'article L. 651-2 du Code de commerce court à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire, peu importe qu'il y ait eu un appel[4]. Alors, s'agissant d'une réouverture le délai de prescription devrait rétroactivement commencer à courir à la date du jugement de la liquidation judicaire clôturée, or, il n'est pas rare, et c'est un euphémisme, que la durée de la procédure de liquidation judiciaire soit supérieure à trois ans, ce qui a d'ailleurs valu à la France une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme en 2011 pour une liquidation qui avait duré plus de

---

[1] Cass., com. 10 mai 2012, cassation n° 11-13.284, *Act. proc. coll.* 2012, n° 10, alerte 152.

[2] V., P. Cagnoli, « L'absence de préjudice pour le débiteur n'est pas une condition de la réouverture de la liquidation judiciaire et le faible profit de cette action pour les créanciers n'en est pas un obstacle », *Act. proc. coll.* 2012 n° 12, alerte 181.

[3] V., J.-P. Sortais, « La reprise ou réouverture de la liquidation judiciaire », *in Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain – Regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, LexisNexis, coll. Le droit des affaires, 2014, p. 309 et 310.

[4] Pour le redressement à titre personnel : Cass., com. 13 mai 2003, cassation n° 00-16.247, *RTD com.* 2003, note J.-L. Vallens ; *Bull. Joly* 2003, n° 187, note P. Pétel.

vingt années[1]. Donc, il semble acquis qu'en pratique l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne puisse pas être entreprise. Mais admettons que le délai ne soit pas écoulé. L'action devrait selon nous pouvoir être intentée, d'autant plus que « l'intérêt de l'entreprise » le commande.

Bien distincte de la réouverture de la procédure, il nous faut envisager maintenant l'hypothèse de la reprise des poursuites individuelles.

B : La reprise des poursuites individuelles

Le conseil d'analyse économique ne recommande pas non plus une évolution des droits des créanciers à poursuivre individuellement le débiteur suite à la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, contrecarrant le droit pour le débiteur de ne plus payer ses dettes[2].

Conséquences des effets de la clôture de la liquidation judicaire pour insuffisance d'actif. En principe (**1**), la clôture de la liquidation judiciaire met fin à la mission des organes de la procédure[3], le liquidateur se devant de procéder à la reddition des comptes conformément aux dispositions de l'article L. 643-10 du Code de commerce. Il en résulte pour le débiteur d'être, en quelque sorte, « ressaisi » de ses biens qu'il peut désormais recouvrer pour son propre compte. Ainsi, « la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, qui met fin au dessaisissement du débiteur, lui permet d'engager une action en paiement d'une créance née antérieurement à l'ouverture de la procédure collective et non recouvrée par le mandataire liquidateur[4] ». L'action du débiteur n'est pas réalisée en fraude du créancier ce qui peut apparaître « choquant » pour reprendre les termes de M. Bonneau, car la solution « révèle un déséquilibre entre la situation faite aux créanciers et celle faite au débiteur, après la clôture de la liquidation judiciaire : alors que les créanciers sont atteints de façon *quasi* définitive par la non-reprise des poursuites individuelles, le débiteur se trouve blanchi de ses dettes impayées, et peut en outre récupérer des anciennes créances qui auraient

[1] CEDH 22 septembre 2011, n° 60983/09, *Rev. sociétés* 2011, p. 728, obs. Ph. Roussel Galle.
[2] V., G. Ripert, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.* 1936, p. 57.
[3] V., Cass., civ. 2e 4 février 2016, irrecevabilité n° 14-28.153.
[4] Cass., com. 17 octobre 2000, rejet n° 98-10.955, *D.* 2000, p. 411, note A. Lienhard ; *D.* 2001, p. 619, note A. Honorat ; *RTD com.* 2001, p. 243, note J.-L. Vallens ; *Act. proc. coll.* 2000/18, n° 232, note T. Bonneau.

été dissimulées, ou simplement comme en l'espèce non recouvrées par le liquidateur[1] », peut donc tendre au recouvrement d'une créance délictuelle.

Toutefois, à ce principe souffre un certain nombre d'exceptions (**2**), qui amèneront l'étude d'hypothèses spéciales (**3**) et générales (**4**) dont la fraude (**5**).

1 : Le principe de l'interdiction des poursuites

Le principe de l'interdiction des poursuites. L'article L. 643-11 du Code de commerce pose de façon péremptoire que « le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur ». Cette disposition constitue pour la doctrine une « révolution », par rapport au droit antérieur qui prévoyait la reprise des poursuites individuelles pour les créancier[2]. Désormais, bien qu'il ait pu être qualifié de « dangereux[3] », est « consacré le droit de ne pas payer ses dettes[4] ». La consécration d'un tel principe répond, dit-on, à un triple objectif : équité, efficacité et réalisme[5]. Équité car il faut éviter que les débiteurs personnes physiques ne soient pénalisés par rapport aux dirigeants associés d'une personne morale, non tenus des dettes. Efficacité ensuite puisque le débiteur libéré doit pouvoir rebondir[6] et alors recréer une nouvelle affaire. Réalisme enfin car le sacrifice dû à l'abandon de la possibilité d'entamer des poursuites individuelles par le créancier est faible, le débiteur étant par définition insolvable.

Quoi qu'il en soit, l'emploi du terme « recouvrer » indique que la mesure s'applique aux créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés[7].

En outre, si l'on se place du côté du débiteur, ce principe d'interdiction de faire, ne profite qu'à la personne du débiteur, elle n'a pas pour effet d'éteindre le droit de créance[1].

---

[1] J.-L. Vallens, « Après la clôture de la liquidation judiciaire, le débiteur peut recouvrer une créance antérieure », *RTD com.* 2001, p. 243, note sous Cass., com. 17 octobre 2000, rejet n° 98-10.955.

[2] L'alinéa second de l'article 91 de la loi du 13 juillet 1967 disposait que « Ce jugement (liquidation judiciaire) fait recouvrer à chaque créancier l'exercice individuel de ses actions ».

[3] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1058, p. 606.

[4] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1361, p. 627.

[5] V., A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1058, p. 606 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1362 et s., p. 627 et s., ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1350, p. 850.

[6] Possibilité renforcée avec la possibilité désormais ouverte aux débiteurs personnes physiques ayant une faible activité de bénéficier de la procédure du rétablissement professionnel. V., les articles L. 645-1 et s., du Code de commerce.

[7] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1366, p. 629 et C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1348, p. 847.

Enfin, bien qu'il soit général et d'ordre public, « à l'issue de la liquidation judiciaire, les dettes n'étant pas effacées, cela permet, dans certaines hypothèses et par exception, à tous les créanciers ou à certains d'entre eux d'exercer des actions individuelles contre le débiteur[2] », au titre desquelles il est possible d'entrevoir un regain de la responsabilité civile.

2 : Le droit pour le créancier de recouvrer sa créance

Généralités sur les exceptions au principe de l'arrêt des poursuites individuelles. Elles sont, comme le principe, citées à l'article L. 643-11 du Code de commerce. Il est donc possible de reprendre des poursuites individuelles, après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, privant alors le débiteur de l'effacement des dettes, mais de manière limitative en cas de faute grave[3]. Si cette possibilité apparaît favorable au débiteur puisque limitative, elle l'est aussi pour les créanciers, notamment par la loi de sauvegarde des entreprises qui a supprimé la conséquence attachée à la non-déclaration de créance : son extinction[4]. Désormais, « les créances non déclarées régulièrement (…) sont inopposables au débiteur[5] » ; *a contrario*, nous le verrons, elle lui redevienne opposable après clôture de la procédure. En conséquence, les créanciers forclos « profitent, dans les mêmes conditions que les autres créanciers soumis à l'interdiction des poursuites, de la reprise exceptionnelle des poursuites[6] ».

Créancier saisissant. En outre, si le créancier qui recouvre son droit de poursuite peut saisir les biens du débiteur, s'agissant d'une clôture pour insuffisance d'actif, il ne pourra saisir en pratique que les biens nouveaux[7].

Modalités procédurales. S'agissant des modalités procédurales, l'article précité prévoit que « les créanciers qui recouvrent leur droit de poursuite individuelle et dont les créances ont été admises ne peuvent exercer ce droit sans avoir obtenu un titre exécutoire ou,

---

[1] V., Cass., com. 19 novembre 2013, cassation n° 12-24.652, *Gaz. Pal.* 14 janvier 2014, p. 26, note. D. Voinot.
[2] D. Voinot, « Les modifications intéressant la liquidation judicaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 8 avril 2014, n° 98.
[3] V., A. Lienhard, *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 126.32, p. 517.
[4] L'ancien alinéa 4 de l'article L. 621-46 du Code de commerce disposait que « les créances qui n'ont pas été déclarées et n'ont pas donné lieu à relevé de forclusion sont éteintes ».
[5] Article L. 622-26, alinéa 2 du Code de commerce.
[6] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1371, p. 632.
[7] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1372, p. 632.

lorsqu'ils disposent déjà d'un tel titre, sans avoir fait constater qu'ils remplissent les conditions prévues au présent article[1] ». Les créanciers dont la créance a été admise au passif, dont la preuve peut résulter de l'état des créances pour le montant déclaré[2], devront donc obtenir l'autorisation du président du tribunal pour reprendre les poursuites.
Les créanciers dont la créance n'a pas été vérifiée et qui recouvrent l'exercice individuel de leurs actions peuvent, toujours selon cet article « le mettre en œuvre dans les conditions du droit commun ». Il appartiendra donc au débiteur « d'établir l'existence de sa créance et la réunion des conditions posées pour la reprise des poursuites, peu important en revanche qu'il n'ait pas déclaré sa créance[3] », et d'assigner en paiement le débiteur[4].

Seules les créances antérieures sont prises en compte. Notons que l'extension de la reprise pour des créances postérieures à la clôture, possible selon nous pour la réouverture de la liquidation dans l'intérêt collectif des créanciers, ne s'applique pas pour le créancier souhaitant poursuivre individuellement. Ainsi, à propos d'un contrat de prêt souscrit postérieurement au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, il a été jugé que « cette procédure ayant été clôturée pour insuffisance d'actif le 26 janvier 2000 avant d'être rouverte par jugement du 7 octobre 2003, tandis que la conclusion du contrat de prêt du 28 février 2003 était postérieure à l'ouverture de la procédure collective, le tribunal en a déduit à bon droit que le recouvrement en justice de la créance née de ce contrat échappait à la règle de l'interdiction des poursuites individuelles[5] ». L'absence d'effet de la reprise des poursuites à l'égard des créanciers pour la créance contractuelle postérieure au jugement de clôture doit s'étendre à la créance délictuelle dont le fait générateur est postérieur à la clôture.

3 : Les hypothèses de reprise spéciale

Le terme spécial doit s'entendre pour la reprise admise pour un certain type de créancier. Nous ne ferons que les énoncer. En premier lieu l'action successorale. Il est fait exception à la règle de l'interdiction des poursuites « pour les actions portant sur des biens acquis au titre d'une succession ouverte pendant la procédure de liquidation judiciaire ».

---

[1] Article L. 643-11, V, du Code de commerce.
[2] Cass., com. 10 mai 2005, rejet n° 04-11.582.
[3] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1374, p. 633.
[4] V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 592.72, p. 1706.
[5] Cass., com. 24 mars 2015, rejet n° 13-28.155, *BJE* n° 4, p. 217, note L. Le Mesle.

Ensuite, sont visées des hypothèses tenant à la nature de la créance. Il s'agit de la créance résultant d'une infraction pénale pour laquelle la culpabilité du débiteur a été établie[1]. Ainsi, La faute du débiteur le prive de l'effacement des dettes si une condamnation pénale est intervenue, peu importe « que les condamnations sanctionnent des délits relatifs à l'activité professionnelle ou à l'activité privée du débiteur », ce qui oblige le débiteur à une prudence relative car le texte visant l'infraction, il n'implique plus seulement la condamnation[2]. Il s'agit aussi de la créance portant sur des droits attachés à la personne. Ce type de créance recouvre celle qui résulte d'une dette dont l'objet est la réparation d'un préjudice causé à la personne même du débiteur[3], elle recouvre aussi celle qui résulte de l'action en réparation du salarié contre son ancien employeur. Ainsi, la créance indemnitaire ou salariale « du salarié licencié résulte de droits attachés à sa personne, de sorte qu'en cas de clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire de son employeur il recouvre l'exercice individuel de son action contre le débiteur[4] ». Il s'agit aussi de la créance née d'une fraude aux organismes sociaux et enfin de celle de la caution et des coobligés.

4 : Les hypothèses de reprise générale

Cas de reprise général. À côté de ces cas spéciaux de reprise, puisqu'admis que pour certains créanciers, l'article L. 643-11 du Code de commerce poursuit et vise la généralité des créanciers, qui seront susceptibles de recouvrir leur droit de poursuite individuelle. Ils le recouvriront dans différentes hypothèses, dont l'objet n'est pas ici de toutes les recenser. Notons simplement qu'il peut en être ainsi en cas de faillite personnelle, qui peut être prononcée suite à l'inexécution de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif[5] ; de banqueroute ; de « récidive » depuis moins de cinq ans, etc.

---

[1] Sur la nécessité de la clôture de la liquidation judiciaire : v., Cass., crim. 6 avril 2016, cassation n° 15-81.272, *D.* 2016, p. 1409, note N. Balat ; *RDI* 2016, p. 471, note G. Roujou de Boubée ; *Rev. proc. coll.,* 2016, n° 3, comm.91, note G. Berthelot ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, comm. 121, note F. Macorig-Venier ; *JCP G* 2016, n° 29, p. 854, note N. Catelan.

[2] Le texte, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014 visait la créance née d'une condamnation pénale, ce que critiqua la doctrine. V., C. Robaczewski, « La non-réforme des sanctions pénales dans la sauvegarde des entreprises », *Gaz. Pal.* 10 septembre 2005, n° 253, p. 48.

[3] Il s'agit d'une observation : v., J. Casey, note sous Cass., com. 29 mai 2001, cassation n° 98-18.918, *Act. proc. coll.* 2001/12, n° 157.

[4] Cass., soc. 29 septembre 2010, cassation n° 09-42.679, *JCP S* 2010, n° 48, p. 1511, note T. Lahalle ; *Act. proc. coll.* 2010, n° 17, alerte 250.

[5] Article L. 653-6 du Code de commerce.

Le créancier pourra aussi recouvrer son droit de poursuite individuelle à l'encontre du débiteur en cas de fraude.

5 : L'hypothèse particulière de la reprise pour fraude

Généralités. L'article l. 643-11, IV, du Code de commerce dispose qu'« en cas de fraude à l'égard d'un ou de plusieurs créanciers, le tribunal autorise la reprise des actions individuelles de tout créancier à l'encontre du débiteur. Le tribunal statue lors de la clôture de la procédure après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le liquidateur et les contrôleurs. Il peut statuer postérieurement à celle-ci, à la demande de tout intéressé, dans les mêmes conditions ». Tous les créanciers peuvent donc reprendre leurs poursuites, même si la fraude a été subie que par un seul créancier.

Sur la notion de fraude. La nature de la fraude est difficile à saisir tant, et nous allons le constater, la jurisprudence retient une acception large de la fraude, l'assimilant presque à la faute. Presque car, la fraude recouvre « tout acte préjudiciable aux créanciers qui a été commis en connaissance de cause[1] » ; la faute au contraire n'est pas nécessairement volontaire. Or, c'est ce caractère intentionnel qui importe ici, puisque la fraude ne sera caractérisée que si l'action du débiteur a été commise intentionnellement[2]. Aussi, rendue sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, mais toujours applicable, cette disposition relative à la fraude ne distingue pas selon que la fraude à l'égard des créanciers a été commise avant ou après l'ouverture de la procédure[3].

Application pour le créancier omis de la liste dressée par le débiteur. C'est notamment grâce à cette notion de fraude que le créancier omis volontairement de la liste dressée par le débiteur recouvrira son droit de poursuite individuelle. Il le recouvrira nous le verrons sur le fondement du droit de la responsabilité civile délictuelle, ce qui n'est pas sans soulever des questions mais qui prouve encore l'usage pragmatique de ce droit et le regain de la responsabilité à l'encontre du débiteur.

---

[1] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1068, p. 609.
[2] Cass., com. 12 juillet 2011, cassation n° 10-21.726.
[3] Cass., com. 15 février 2005, cassation n° 03-14.547, *D.* 2005, p. 711, note A. Lienhard ; *Gaz. proc. coll.* 29 avril 2005, p. 31, note D. Voinot.

Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde. Les arrêts suivants sont cités à titre d'exemple, ils témoignent simplement de l'évolution jurisprudentielle.

Dans une première espèce, le débiteur qui devait remettre la liste de ses créanciers avait, pour reprendre les termes de la Cour, « dissimulé » l'existence d'une créance, de sorte que le créancier fut omis de la liste et n'avait pu bénéficier de l'avertissement relatif à la nécessité de déclarer sa créance. De ces faits, la Cour d'appel en a « justement déduit qu'un tel comportement à l'égard d'un créancier était constitutif d'une fraude (…) de sorte que le jugement de clôture pour insuffisance d'actif avait fait recouvrer à ce créancier son droit de poursuite individuelle[1] ». La seule « dissimulation » du créancier de la liste, sans manœuvres particulières, constitue une fraude justifiant la poursuite. Jadis, la Cour de cassation était donc sévère à l'égard du débiteur et retenait une conception large de la fraude. Or, et cela avait été soulevée par la doctrine de l'époque, comme le défaut de déclaration de créance entraînait extinction de celle-ci, comment faire renaître une créance éteinte ?

La deuxième espèce apporta une réponse méthodologique. Si le créancier ne peut agir en paiement de la créance éteinte, il recouvre alors « son droit de poursuite individuelle pour obtenir, à titre de dommages-intérêts, en application de l'article 1382 du Code civil, le paiement de l'équivalent de la créance éteinte par la fraude du débiteur[2] ». N'échappant pas, non plus, à la critique, la question s'est posée maintenant de savoir « comment (ou encore quand) est née cette nouvelle créance délictuelle substituée à la défunte créance[3] » ? En effet, si l'utilisation de la responsabilité civile délictuelle permet d'échapper au problème soulevé par la créance éteinte, il n'en demeure pas moins que si l'on considère la « nouvelle » créance de dommage-intérêts comme antérieure, « le créancier serait évidemment forclos faute de l'avoir déclaré en temps utile[4] », de sorte qu'il faille considérer que la créance antérieure est remplacée par une créance délictuelle postérieure, ce qui serait une aubaine inespérée pour le créancier. Quoi qu'il en soit, le fondement de la reprise des poursuites en cas d'extinction de la créance échappe désormais à l'article L. 622-32, ancien, du Code de commerce (L. 643-11,

---

[1] Cass., com. 16 novembre 1993, rejet n° 91-18.576, *D.* 1994, p. 157, note A. Amalvy et F. Derrida.

[2] Cass., com. 26 octobre 1999, rejet n° 97-12.092, *D.* 1999, p. 93, note A. Lienhard ; *Act. proc. coll.* 1999-19, n° 258, note J. Vallansan ; *JCP E* 2000, p. 128, n° 9, note P. Pétel et p. 1660, note P.-M. Le Corre ; *RTD com.* 2001, p. 226, note A. Martin-Serf.

[3] A. Lienhard, « Reprise des poursuites individuelles en cas de fraude du débiteur : comment recouvrer les dommages-intérêts compensant la créance éteinte ? », *D.* 2003, p. 1911.

[4] F. Pérochon, « Fraude du débiteur et poursuites du créancier forclos », *in Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat – Procédures collectives et droit des affaires*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 161, spec., p. 168.

IV, nouveau)[1]. La référence à l'ancien article L. 622-32 étant même qualifiée de surabondante[2]. Au titre de l'étendue de la réparation, dans cette espèce la Cour substitua purement et simplement la créance éteinte à la créance de réparation de sorte que le créancier retrouva son droit de poursuite au titre de la réparation de son préjudice subi du fait de l'extinction de sa créance pour fraude. Il n' y donc pas de différence entre les deux créances, elles se confondent. Si cette solution semble opportune pour des raisons d'équité, en droit elle ne peut que nous étonner puisqu'ici aussi la Cour, par cette sorte de « novation » de l'indemnité, fait renaître la créance éteinte. Cette position fut abandonnée par la suite.

Donc, une dernière espèce, si la Cour de cassation est venue réaffirmer l'existence d'un droit de poursuite individuelle du créancier fondée sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle, elle rompit dans le même temps avec sa solution antérieure. En effet, « un créancier n'ayant pas bénéficié de l'avertissement aux créanciers connus d'avoir à déclarer leur créance par suite de son omission de la liste certifiée des créanciers et du montant des dettes est recevable à agir contre le débiteur, après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, en réparation du préjudice lié à l'extinction de sa créance sur le fondement de l'article 1382 du code civil, à charge pour lui d'établir que le débiteur a commis une fraude en dissimulant intentionnellement sa dette[3] » et la Cour de poursuivre, au visa de cet ancien article, que « le préjudice lié à l'extinction de la créance ne correspond pas nécessairement au montant de cette créance ». La Cour de cassation, si elle confirme sa solution, s'éloigne de sa jurisprudence antérieure en posant une différence intrinsèque entre la créance éteinte et celle de dommages-intérêts, qui sera d'un montant égal au préjudice lié à l'extinction de la créance. En autres termes, le créancier, par le comportement frauduleux du débiteur a perdu une chance d'être payé et dont la réparation ne peut jamais égaler le montant du gain espéré[4]. C'est cet aléa qui justifie la différence entre le montant des deux créances.

Sous l'empire de la loi de sauvegarde. La loi de sauvegarde, nous l'avons vu, a supprimé l'extinction des créances pour défaut de déclaration. Désormais, le créancier victime

---

[1] V., Cass., com. 12 avril 2005, cassation n° 03-20.901, *Gaz. proc. coll.* 2005/2, p. 19, note D. Voinot et p. 25, note P.-M. Le Corre.

[2] Cass., com. 17 novembre 2009, cassation n° 08-11.198, *D.* 2009, n° 43, p. 2861, note A. Lienhard ; *Gaz Pal*. 2010, n°s 8 et 9, p. 27, note E. Le Corre-Broly ; *Rev. proc. coll.* n° 1, p. 32, note F. Legrand et M.-N. Legrand.

[3] Cass., com. 17 novembre 2009, cassation n° 07-21.157, *Gaz. Pal*. Janvier 2010, n°s 8 et 9, p. 27, note E. Le Corre-Broly ; *LPA* 9 avril 2010, n° 71, p. 7, note M.-A. Rakotovahiny.

[4] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.* n° 185, p. 124.

d'une omission volontaire de la liste pourra demander à être relevé de forclusion[1]. En outre, les créances non déclarées dans les délais sont, certes, désormais inopposables, mais celles-ci ne durent que le temps de la procédure, de sorte que le créancier victime de la fraude pourra reprendre l'exercice de son droit de poursuite suite à la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif[2].

Néanmoins, on peut douter que le fondement de cette poursuite soit toujours le droit de la responsabilité civile délictuelle. En effet, la créance n'étant plus éteinte il n'y a plus d'obstacle à reprendre les poursuites en vertu de l'article L. 643-11, IV, du Code de commerce, ce qui aurait alors pour mérite, au moins pour le créancier, de ne pas voir le montant de son préjudice limitée à la perte de chance. Il s'agira alors pour le créancier de prouver la fraude, ce qui revient à prouver la dissimulation d'actifs, puisqu' « attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir que M. X..., qui a omis de remettre la liste certifiée a commis une fraude en dissimulant sa dette à l'égard de M. Y[3] ».

Une nouvelle action en responsabilité civile pour fraude ? L'utilisation du droit de la responsabilité civile pour permettre au créancier de recouvrer sa créance participerait au « dévoiement » de ses règles dans la mesure où les règles de la procédure collective et celles de la responsabilité civile paraissent émoussées les unes par les autres[4]. M. Houtcieff, invite alors à s'interroger quant à l'influence de la fraude sur le recours à l'ancien article 1382 du Code civil. En effet, le droit commun n'exige pas, par principe, une faute d'un degré de gravité particulier pour que soit réparer le préjudice ; il exige encore moins une fraude. Or, ce qu'a entrepris la Cour de cassation au travers de ces arrêts revient à permettre, par la fraude, l'application de la responsabilité civile de droit commun, alors que le rôle de celle-ci, comme le rappelle justement M. Houtcieff, est « de paralyser une règle de droit normalement applicable[5] ». Il en résulte une action en responsabilité civile avec pour condition d'ouverture la fraude. L'omission volontaire du créancier de la liste dressée par le débiteur, la simple conscience, suffit à caractériser la fraude au sens de l'article L. 643-11 du Code de commerce, l'intention de nuire n'est donc pas requise. Dès lors, la fraude semble se distinguer de la faute de gestion. Pourtant, le comportement du dirigeant frauduleux, déloyal ou de mauvaise foi et

---

[1] Article L. 622-26 du Code de commerce.

[2] V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 592.66, p. 1697.

[3] Cass., com. 27 novembre 2012, cassation n° 11-23.831.

[4] V., D. Houtcieff, « À la recherche de la créance disparue : l'indemnisation du créancier forclos en cas de fraude du débiteur », *RLDA* 2002, n° 50, p. 7.

[5] *Ibid.*

la conscience de causer un préjudice sont autant d'éléments qui, par l'effet du jugement d'ouverture pourraient lui donner la qualification de faute de gestion. Mais celle-ci ne pourrait donner lieu à quelconque action en responsabilité issue de la procédure collective, sauf à considérer une action qui sanctionnerait les fautes de gestion…postérieures.

Il y a donc bien un regain de la responsabilité civile en droit positif des procédures collectives qui traduit, avec son déclin, cet usage fluctuant.

Section 2 : Le déclin de la responsabilité civile

Le déclin de la responsabilité concerne à la fois le débiteur et le créancier. Les hypothèses de déclin sont nombreuses, citons l'irresponsabilité des créanciers ayant apporté leur concours sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce[1] ; la possible responsabilité de la société mère pour l'insuffisance d'actif de sa filiale, dont les conditions prévues à l'article L. 512-17 du Code de l'environnement sont si restreintes, et la rédaction tout aussi ambiguë, qu'on peine à croire qu'il soit un jour appliqué[2] ; l'irresponsabilité en cas d'absence de soutien du banquier nouveau[3], en effet aujourd'hui, le droit au crédit n'existe pas, c'est un droit discrétionnaire car le crédit implique la confiance et la relation de crédit est une relation *intuitu personae*. Il n'existe pas d'exceptions, ni de causes de déchéance du principe d'irresponsabilité, le banquier n'a pas à donner de justification quant au refus du crédit. Même si l'on sort du cadre strict du droit des procédures collectives, on peut citer encore la faute détachable des fonctions[4], dont les conditions de mise en œuvre sont telles, ici aussi, que nous pouvons l'envisager comme une faveur pour le dirigeant. Nous allons nous intéresser particulièrement ici à un cas intéressant le créancier, qui concerne la possibilité pour lui de rompre, sous conditions, son concours. Quant au débiteur, le déclin peut apparaître sous deux formes, une légale (**Paragraphe 1**) et l'autre jurisprudentielle (**Paragraphe 2**).

[1] V., *supra* « Une atteinte négative pour les créanciers ayant apporté leur concours ».
[2] V., *infra* « La faute caractérisée de la mère qui a contribué à l'insuffisance d'actif de sa filiale ».
[3] V., *infra* « L'adaptation par la droit au crédit ».
[4] V., *infra* « La subjectivation de la faute séparable des fonctions ».

Paragraphe 1 : La rupture du concours bancaire aux entreprises en difficulté

Bref aparté sur le devoir de mise en garde. Avant d'étudier la possibilité pour l'emprunteur de rechercher la responsabilité de la banque pour rupture contractuelle des concours, il nous faut évoquer celle où le dirigeant cherchera si le banquier n'a pas manqué à son devoir de conseil ou de mise en garde. Ce qui revient à faire supporter à la banque les conséquences des erreurs de gestion du dirigeant, puisqu'un dirigeant d'entreprise est présumé connaître la situation de son entreprise au moins aussi bien que sa banque[1]. De nature contractuelle, il faut veiller à ce que « ce type de responsabilité demeure dans des limites compatibles avec les conditions pratiques d'exercice de l'activité bancaire[2] ». C'est ce qu'a entrepris la jurisprudence en limitant le devoir du banquier à une mise en garde et en soumettant la responsabilité du banquier à des conditions différentes selon la qualité de l'emprunteur.

Ainsi, alignant sa jurisprudence sur celle de la chambre civile, la chambre commerciale harmonisa et consacra dans le même temps le devoir de « mise en garde » pesant sur le prêteur professionnel[3]. Il s'agit donc pour la jurisprudence de fixer un certain niveau de vigilance, « le banquier n'a pas à substituer à son client ; il n'a pas à choisir les formes de financement qui conviennent le mieux à la situation. Il n'a même pas (…) à le conseiller. Il doit seulement le mettre en garde contre des risques excessifs[4] ». En outre, ce devoir de mise en garde s'apprécie différemment selon la qualité de l'emprunteur, critère constitué par l'aptitude de ce dernier à apprécier le risque qu'il encourt en s'engageant contractuellement. Ainsi, un dirigeant de société, qui sollicitait le crédit, laquelle, appartenant à un groupe de six sociétés civiles et commerciales, était un emprunteur averti, de sorte que les banques n'étaient pas tenues d'un devoir de mise en garde à son égard[5].

---

[1] V., F.-J. Crédot, « Risque bancaire et crédit bancaire aux entreprise », *LPA* 7 juillet 1993, n° 81, p. 10.

[2] C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, LexisNexis, coll., Manuel, 9e éd., n° 649, p. 396.

[3] Cass., com. 3 mai 2006, cassation n° 04-15.517, *D.* 2007, p. 753, note D. R. Martin ; *D.* 2006, p. 1618, note J. François ; *D.* 2006, p. 1445, note X. Delpech ; *RDI* 2006, p. 1294, note H. Heugas-Darraspen ; *JCP E* 2006, p. 2697, n° 37, note L. Dumoulin.

[4] C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, *op. cit.,* n° 650, p. 398.

[5] Cass., com. 11 mai 2010, cassation n° 09-12.906, *RD banc. et fin.* 2010, n° 6, comm.207, note F.-J. Crédot et T. Samin ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, p. 21, note A. Martin-Serf. Pour une application récente sur la distinction entre emprunteur profane et averti, v., Cass., civ. 1re 29 juin 2016, cassation n° 15-15.118.

Enfin, par un arrêt du 24 mars 2009, la chambre commerciale a posé en principe que la banque qui fait souscrire une sûreté réelle pour garantir la dette d'un tiers n'est pas tenue d'un devoir de mise en garde à l'égard du constituant, que celui-ci soit ou non averti[1].

Justification de l'étude. Il peut paraître inopportun d'envisager la rupture de crédit par le créancier comme un déclin de responsabilité[2]. En effet, la consécration d'un principe d'irresponsabilité du créancier ayant apporté son concours en 2005[3] devrait naturellement faire basculer la rupture de ce concours dans le domaine de la responsabilité. Une double irresponsabilité en cas de rupture et de soutien n'aurait pas de sens, le contenu des deux règles s'annihilerait. Néanmoins, comme élément de justification, il ressort que « la situation irrémédiablement compromise » est une justification de responsabilité dans l'hypothèse d'un soutien abusif alors qu'elle justifie, nous le verrons, la rupture du concours bancaire. Cette situation irrémédiablement compromise jouerait alors le rôle de curseur Si on le déplace vers le soutien abusif il se pourrait que soit reconnue la responsabilité, alors que si on le déplace vers la rupture, il n'y aura pas de responsabilité. Ce qui nous fait dire que par ce truchement le déclin s'accentue. C'est donc dans ce sens qu'il faut entendre la rupture de crédit comme un déclin de responsabilité pour le créancier. Examinons cette possibilité de rupture (**A**). Elle nous amènera à envisager celle effectuée sans préavis (**B**). Enfin, pour rechercher la responsabilité du prêteur, il faudra caractériser le lien de causalité avec le dommage, ce qui participera au déclin de la responsabilité (**C**).

A : La possibilité de rompre un concours bancaire avec préavis

L'alinéa premier de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier dispose que « tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit ou une société de financement consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à soixante jours ».

---

[1] Cass., com. 24 mars 2009, rejet n° 08-13.034, *D.* 2009, p. 943, note V. Avenat-Robardet ; *D.* 2009, p. 1661, note N. Borga ; *RTD com.* 2009, p. 425, note D. Legeais ; *JCP G* 2009, II, p. 10091, note A. Gourio ; *JCP E* 2009, p. 1399, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* n° 4, note A. Martin-Serf.

[2] Un auteur a même qualifié, à propos du refus de maintenir un crédit, de « renforcement » de la responsabilité. V., D. Legeais, « Responsabilité du banquier en matière de crédit », *RD banc. et fin.* 2010, n° 2, études 4.

[3] Principe prévu à l'article L. 650-1 du Code de commerce.

Cette possibilité, prise dans le cadre d'un renforcement de la protection des entreprises[1], fait figure d'exception à la continuation des contrats en cours qui domine le droit des procédures collectives[2]. Elle marque donc un retour au droit commun des obligations.

Conditions de fond. Plusieurs conditions doivent être respectées pour que le prêteur professionnel puisse rompre son concours.

La première tient en la nécessité d'un concours, ainsi un accord de principe n'engage pas l'établissement de crédit qui demeure libre d'accorder ou de refuser un crédit. Ainsi, « l'accord de principe donné par une banque «sous les réserves d'usage» implique nécessairement que les conditions définitives de l'octroi de son concours restent à définir et oblige seulement celle-ci à poursuivre, de bonne foi, les négociations en cours[3] ».

Une deuxième condition tient en la nécessité de respecter un préavis d'au moins soixante jours[4]. Le respect de ce délai légal est suffisant, il exclut par lui-même tout caractère abusif de la rupture[5].

Si aucun délai contractuel n'est fixé entre les parties, le prêteur professionnel pourra voir sa responsabilité pécuniaire engagée conformément au dernier alinéa de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier. Dans le silence du contrat ce minimum devra donc être observé, il peut aussi être fixé pour une durée supérieure. Pendant le délai de préavis, le crédit est maintenu, dans les conditions prévues au contrat. En conséquence, le banquier prêteur ne peut pas être responsable des préjudices financiers qui pourront résulter du maintien du contrat[6]. Dans l'hypothèse où l'ouverture de concours est à durée déterminée, le banquier prêteur doit respecter le terme, sauf exception visée au texte[7].

Une troisième condition fait exception à l'obligation de préavis pour les concours occasionnels. Ainsi, pour une entreprise qui bénéficie chaque mois de tolérance de la banque ou de facilité de caisse, il a été juge qu'« après avoir relevé que la convention de compte

---

[1] V., C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, *op. cit.,* n° 613, p. 374.

[2] V., les articles L. 622-13 du Code de commerce pour la sauvegarde, L. 631-14 pour le redressement judiciaire et L. 641-11-1, I, pour la liquidation judiciaire.

[3] Cass., com. 10 janvier 2012, cassation n° 10-26.149, *D.* 2013, p. 391, note S. Amrani-Mekki ; *RDI* 2012, p. 222 ; *RTD civ.* 2013, p. 311, note B. Fages ; *RTD com.* 2012, p. 174, note D. Legeais.

[4] Sur le préavis, v., S. Piedelièvre, « Le préavis en cas de rupture de crédit à durée indéterminée », *D.* 2006, p. 434.

[5] Cass., com. 14 janvier 2014, cassation n° 12-29.682, *RTD com.* 2014, p. 167, note D. Legeais ; *RD banc. et fin.* 2014, n° 2, comm. 39, p. 38, note F.-J. Crédot et T. Samin.

[6] Article L. 313-12, alinéa 1er, dernière phrase, du Code monétaire et financier.

[7] V., Cass., com. 24 mars 2015, cassation n° 13-16.076, *RTD com.* 2015, p. 338 ; *RD banc. et fin.* 2015, n° 4, comm. 115, note F.-J. Crédot.

n'était assortie d'aucune autorisation expresse de découvert et que les positions débitrices du compte étaient, de façon habituelle, rapidement compensées par des encaissements et remises, l'arrêt retient que les plus forts débits, enregistrés à l'approche de la fin d'un important chantier, ont résulté des débordements que la société s'était unilatéralement octroyés pour répondre à des besoins ponctuels de trésorerie dans la perspective d'importantes rentrées d'argent et que cette situation expliquait la tolérance de la banque, qui disposait de garanties, pendant la durée du chantier ; que, de ces constatations et appréciations, excluant que la banque ait pu faire naître chez la société la croyance légitime qu'elle bénéficiait d'une ouverture tacite de crédit, la cour d'appel, (…) a pu déduire que la preuve d'un découvert convenu entre les parties n'était pas rapportée et que les dispositions de l'article L. 313-12 du code monétaire et financier relatives à la dénonciation des concours à durée indéterminée autre qu'occasionnels ne trouvaient pas à s'appliquer[1] ».

Conditions de forme. Le délai de préavis ne court que si une notification écrite, par lettre simple (mais il semble préférable d'utiliser la forme avec accusé de réception) est adressée à l'emprunteur mentionnant, sans équivoque[2], sa volonté de rompre le crédit. Le banquier qui souhaite rompre avec préavis, n'a pas à motiver sa décision[3], et dès lors que la banque respecte les obligations prévues le texte la rupture de l'ouverture de crédit ne peut pas être considérée comme abusive au seul motif qu'elle n'est pas justifiée[4]. Toutefois, l'emprunteur peut interroger le prêteur sur les motifs de la rupture. Ceux-ci ne pourront pas être ceux tirés de l'ouverture de la procédure collective, car cela pourrait « semble-t-il donner prise au grief d'abus de droit, voire de fraude à la loi, du fait que cette dénonciation immédiate, si elle était systématique, réduirait à peu de chose la faculté d'ordre public de continuation du contrat prévue par l'article L. 622-13 du Code de commerce[5] ».

---

[1] Cass., com. 27 janvier 2015, rejet n° 13-26.475, *RTD com.* 2015, p. 338, note D. Legeais ; *RD banc. et fin.* 2015, n° 3, comm. 70, note F.-J. Crédot et T. Samin.
[2] Cass., com. 18 mai 1993, cassation n° 91-17.675, *RTD com.* 1993, p. 552, note M. Cabrillac et B. Teyssié.
[3] Cass., com. 22 février 2005, rejet n° 02-12.199, *RD banc. et fin.* 2005, n° 5, comm. 157, note F.-J. Crédot et Y Gérard.
[4] V., Cass., com. 27 octobre 1998, cassation n° 96-10. 968.
[5] F. Pérochon, « La continuation des concours bancaires en faveur d'une entreprise en difficulté », *in Contentieux bancaires des procédures collectives – L'établissement de crédit et l'entreprise en difficulté*, E. Le Corre-Broly (dir.), Bruylant, coll. Procédures, chapitre 2, p. 53.

Au titre de la prescription, celle-ci obéit à l'article 2224 du Code civil qui prévoit un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle le demandeur a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit.
S'agissant de la saisine du tribunal pour engager la responsabilité de l'établissement de crédit sur ce motif, elle pourra être réalisée par le débiteur pendant la période d'observation, si un administrateur est désigné c'est à lui, avec le concours du débiteur s'il s'agit d'une mission d'assistance, ou seul, s'il possède des pouvoirs d'administration, d'agir. Si le demandeur est un tiers, comme le créancier, le représentant de l'intérêt collectif pourra agir contre la banque sur le fondement de la responsabilité délictuelle[1].

Une dernière condition, qui ne figure pas à l'article précité, tient à la possibilité pour la caution d'agir en responsabilité contre l'établissement de crédit, même si son engagement est limité[2], mais à la condition d'invoquer un préjudice personnel[3].

Le respect du préavis rend donc possible la rupture du concours. Mais il est des hypothèses pour lesquelles le respect d'un délai de préavis n'est pas nécessaire, hypothèses qui s'accorderont avec la procédure collective.

B : Les possibilités de rompre un concours bancaire sans préavis

Celles-ci figurent à l'alinéa deuxième de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier selon lequel « l'établissement de crédit ou la société de financement n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit (**2**) ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise (**1**) ». S'il est donc possible pour la banque de rompre le contrat dans ces deux hypothèses, sans avoir à respecter un délai de préavis, celle-ci n'en est pas moins tenue de notifier préalablement par écrit sa décision[4].

---

[1] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 323 et s., p. 214 et s.
[2] Cass., com. 30 mars 2010, cassation n° 09-14.287, *RD banc. et fin.*, n° 4, comm. 132, p. 61, note D. Legeais.
[3] Cass., com. 19 juin 2007, rejet n° 05-14.300, *RD banc. et fin.* 2007, n° 5, comm. 50, note D. Legeais.
[4] Cass., com. 18 mars 2014, cassation n° 12-29.583, *D.* 2014, p. 1610, note P. Crocq ; *Gaz Pal.* 2014, n°s 134 à 135, p. 14, note J. Lasserre Capdeville ; *RD banc. et fin.* 2014, n° 4, comm. 127, note F.-J. Crédot et T. Samin.

Ces hypothèses doivent-être prouvées par la banque, elles ne peuvent se déduire des fautes commises par l'emprunteur, ainsi les erreurs comptables n'exonèrent pas la banque qui a abusivement rompu ses crédits[1].

Sur la forme que doit prendre cette notification, elle devrait selon nous, comme pour celle nécessaire à la rupture avec préavis, être adressée par écrit et dépourvue de tout équivoque.

1 : La rupture pour situation irrémédiablement compromise

Tentative de délimitation de la notion. La situation irrémédiablement compromise, situation de fait dont l'établissement de crédit doit apporter la preuve, se distingue de la cessation des paiements[2]. Elle est donc davantage qu'une impossibilité de faire face à son passif avec son actif. Mais implique-t-elle pour autant la liquidation judiciaire ? Rien n'est sûr. Et sur ce point la jurisprudence manque cruellement de certitude. En effet, il a pu être considéré que le fait qu'une entreprise ait bénéficié, après l'ouverture d'une procédure collective, du redressement judiciaire clôturé par un plan de redressement, n'implique pas une situation irrémédiablement compromise car cette procédure est assorti d'un report de l'exigibilité des créances et de diverses mesures de restructuration[3]. Aussi, l'adoption d'un plan de continuation ne suffit pas à écarter l'exception tirée de la situation irrémédiablement compromise. Sachant aussi que la preuve de cette situation ne peut résulter de la seule apparition d'un résultat déficitaire[4]. Sachant encore que malgré des difficultés, la situation de l'entreprise qui se redresse de sorte qu'aucune procédure collective n'a été ouverte à son encontre, celle-ci n'est pas en situation irrémédiablement compromise[5]. Sachant enfin que l'emprunteur qui se trouve dans une situation qui n'offre aucune perspective de redressement, est dans une situation irrémédiablement compromise[6].

---

[1] Cass., com. 17 février 2009, cassation n° 07-20.057, *Act. proc. coll.* 2009, n° 5, alerte 89 ; *RD banc. et fin.* 2009, n° 4, comm. 114, note F.-J. Crédot et T. Samin.
[2] Cass., com. 21 novembre 2006, rejet n° 05-18.979.
[3] Cass., com. 19 octobre 1999, cassation n° 96-16.377, *D.* 1999, p. 74 ; *RTD com.* 2000, p. 155, note M. Cabrillac et p. 448, note C. Saint-Alary-Houin ; *RD banc. et fin.* 2000, n° 1, p. 157, note F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *Act. proc. coll.* 1999/18, n° 249, note D. Legeais.
[4] C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, *op. cit.,* n° 618, p. 376.
[5] Cass., com. 28 juin 2016, rejet n° 13-27.245.
[6] Cass., com. 18 mars 2014, cassation n° 12-29.583, précité.

Une situation proche de la liquidation judiciaire. Il ne s'agit donc pas d'une situation fragile ni impossible à surmonter.

Mais, il semble que la situation soit irrémédiablement compromise si l'exploitation de l'entreprise ne peut pas être poursuivie et si l'inéluctable issue de la procédure est la liquidation judiciaire[1].

Finalement, la situation irrémédiablement compromise serait une « situation sans issue, désespérée, caractérisée par l'absence de tout espoir de survie pour le débiteur (…)[2] ».

Notons, pour terminer, que la banque qui ne prouve pas que la situation de l'emprunteur soit irrémédiablement compromise, engage sa responsabilité pécuniaire[3].

2 : La rupture pour comportement gravement répréhensible

Appréciation *in concreto*. Seconde possibilité de rupture du concours bancaire sans préavis, le comportement gravement répréhensible. Celui-ci doit être précisé en fonction de son environnement et de la conséquence que la loi lui attache.

Selon M. Rives-Lange « le comportement gravement répréhensible peut donc être défini comme le comportement du crédité qui présente un degré de gravité suffisant pour que la confiance du créditeur ne soit plus méritée[4] ». La dégradation de la confiance doit donc résulter du comportement du crédité, par lequel il porte atteinte aux intérêts de la banque.

Ainsi des faits de nature pénale[5], comme le fait de laisser sa situation se détériorer[6], le fait d'émettre des chèques croisés[7], etc. révèlent un comportement gravement répréhensible. Par contre le dépassement non systématique de l'autorisation de découvert ne constitue pas un tel comportement car le débiteur a continué à rembourser les échéances d'un prêt[8].

---

[1] V., S. Reifergeste, « La rupture de crédit aux entreprises », *LPA* 9 octobre 2008, n° 203, p. 14.

[2] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 363, p. 179.

[3] Conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier. Solution confirmée par la jurisprudence : v., Cass., com. 28 septembre 2004, cassation n° 02-13.608.

[4] J.-L. Rives-Lange, « La rupture immédiate d'un concours bancaire », *in Mélanges AEDBF-France 1997*, *Droit bancaire et financier*, Banque éditeur, 1997, p. 277.

[5] V., Cass., com. 20 juin 2006, rejet n° 04-16.238, *RTD com.* 2006, p. 891, note D. Legeais. À propos d'une remise de comptes non sincères.

[6] Cass., com. 7 janvier 2004, rejet n° 02-14.968.

[7] Cass., com. 20 juin 2006, cassation n° 05-15.217.

[8] Cass., com. 24 mars 2015, cassation n° 13-16.076, précité.

La confiance, sur laquelle repose le crédit, est subjective, alors le comportement « gravement répréhensible » doit être interprété *in concreto*, non par rapport à ce que ferait un « bon emprunteur ». Le degré de gravité du comportement entraîne *de facto* la rupture brutale du crédit, contrairement au droit commun.

Application aux actions en responsabilité de la procédure collective ? Le redressement judiciaire n'interdit pas la rupture des concours[1]. La règle de la poursuite des contrats en cours implique qu'ils restent soumis aux règles habituelles, « comme si il n'y avait pas eu de redressement judicaire de l'une des parties[2] ». En conséquence, « la coordination de cette liberté laissée au banquier avec les règles de continuation des contrats en cours (…) interdit au banquier de motiver sa résiliation sur des faits antérieurs au jugement d'ouverture[3] ».

Or, la possibilité pour les mandataires de justice ou le ministère public d'introduire une action en responsabilité contre le dirigeant placé en redressement judiciaire sur le fondement de l'article L. 631-10-1 du Code de commerce, et la reconnaissance de sa responsabilité, suffirait selon nous à constituer un comportement gravement répréhensible. En effet, la perte de confiance ; le comportement malhonnête, voire dolosif ; un seul fait ou une série de faits dont chacun d'eux, pris isolément ne présente pas le caractère de gravité requis peuvent constituer un tel comportement. Donc la faute du dirigeant qui contribue à la cessation des paiements de son entreprise devrait justifier la rupture du concours bancaire. La solution s'appliquerait aussi pour la faute de gestion, *a fortiori* si on considère qu'elle porte en elle un degré d'aggravation. Toutefois, une action en responsabilité contre la banque pourra être mise en œuvre par le dirigeant en redressement ou par le liquidateur sur le fondement délictuel, s'il prouve que la rupture a précipité les difficultés de l'entreprise, le montant de la condamnation constituant le gage commun des créanciers.

Le comportement frauduleux du débiteur qui a omis volontairement le créancier prêteur de la liste remis au mandataire, justifierait la rupture du concours.

Enfin, il est possible pour les parties de prévoir au contrat les faits qui pourront être qualifiés de gravement répréhensibles, le cas échéant la loi du contrat s'appliquera.

---

[1] Cass., com. 1er octobre 1991, cassation n° 89-13.127, *D.* 1992, p. 261, note F. Derrida ; *RTD com.*1992, p. 239, note Y. Chaput, p. 240, note Y. Chaput, p. 428, note M. Cabrillac ; *D.* 1993, p. 10, note F. Derrida ; *JCP E*, 1991, II, p. 236, note M. Jeantin.

[2] F. Derrida, « Conditions d'interruption des concours bancaires pendant la période d'observation du redressement judiciaire », *D.* 1992, p. 261.

[3] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 434.21, p. 890.

C : La nécessaire caractérisation d'un préjudice et d'un lien de causalité pour rechercher la responsabilité de la banque

Il ne faut pas perdre de vue que la rupture brutale du concours entraîne la responsabilité, délictuelle ou contractuelle, de la banque. Donc, une fois la faute mise en évidence, elle se déduira de la brutalité de la rupture, sauf à caractériser une exception citée plus haut, encore faut-il pour la victime, établir un préjudice (**2**) et un lien de causalité (**1**), la faute ne les présumant pas. Perdu sur le terrain de la faute, le combat peut souvent être gagné totalement ou partiellement sur celui du lien de causalité et du préjudice[1].

1 : Le lien de causalité

Lien de causalité et faute de la banque. La faute de la banque[2], par exemple le rejet de chèques sans préavis, rend difficilement contestable le lien de causalité[3], mais il a été jugé que le suicide du client qui s'en est suivi, « par son caractère irrémédiable et excessif, relevant du seul libre arbitre de son auteur, était sans aucune proportion avec la faute commise, et que rien dans les relations antérieures entre le client et la banque qui avait eu recours à des procédures comparables en 1993 ne permettait de considérer que celle-ci avait connaissance d'une fragilité de son client pouvant, le cas échéant, conduire à une telle extrémité[4] ». Or, si juridiquement la Cour de cassation met en perspective la légèreté de la faute avec la gravité du dommage, alors que les prédispositions de la victime n'ont pas pour effet de rompre le lien de causalité[5], pour en déduire la disproportion ce qui semble contraire au droit commun de la responsabilité civile. Cette application de la causalité adéquate, selon laquelle ne sera cause du

[1] V., D. Legeais, *RTD com.* 2004, p. 582, note sous Cass., com. 31 mars 2004, cassation n° 02-16.437.
[2] Il ne faut pas perdre de vue que la faute de la banque n'est pas due à la dénonciation des concours, qui est une faculté d'ordre public pour les concours à durée indéterminée. La banque n'est fautive que la mise en œuvre de cette faculté, dans sa brutalité caractérisée. V., F.-J. Crédot, « La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires », *in Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, p. 65.
[3] Cass., com. 4 décembre 2001, rejet n° 99-17.664, *D.* 2002, p. 719, *RTD com.* 2002, p. 140, note M. Cabrillac.
[4] Cass., com. 4 décembre 2001, rejet n° 99-17.664, *D.* 2002, p. 719, *RTD com.* 2002, p. 140, note M. Cabrillac.
[5] V., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 265, p. 177.

dommage que le fait propre à le produire[1], se justifie pleinement car le suicide ne peut raisonnablement pas être tenu pour une conséquence d'une rupture de concours.

Néanmoins, par sa solution la Cour laisse entendre que si la banque avait eu connaissance de la fragilité de son client, de par leurs relations antérieures, le lien de causalité entre cette faute et le suicide aurait pu conduire à retenir la responsabilité de celle-ci, puisque le fait de la victime ne peut conduire à l'exonération du défendeur, qu'à la condition qu'il revête les caractères de la force majeure[2]. La prévisibilité aurait rendu la banque responsable.

Lien de causalité et ouverture d'une procédure collective. La question du lien de causalité se pose en cas de rupture brutale de crédit et d'ouverture d'une procédure collective. Deux hypothèses peuvent être envisagées.

D'une part, le chiffre d'affaire de l'entreprise a baissé suite à la rupture des concours, auquel cas le lien de causalité peut être établi : « attendu que l'arrêt relève que la cessation des crédits par découvert avait été aussitôt connue des fournisseurs de la société, ainsi que des autres banques auxquelles elle s'était adressée, et que peu après le chiffre d'affaires de la société avait subi une baisse brutale, établissant une corrélation entre ces faits ; qu'elle en a déduit, justifiant légalement sa décision, que la mise en redressement judiciaire, puis en liquidation judiciaire résultait pour une part qu'elle a appréciée de la décision fautive de la banque[3] ».

D'autre part, la rupture brutale intervenue après la cessation des paiements, si elle constitue une faute de l'établissement de crédit, est dépourvue de relation de cause à effet avec la cessation d'activité : « il suffit de constater, sans avoir à s'arrêter aux autres circonstances, que le tribunal de commerce a fixé la date de cessation des paiements au 23 juin 1982 ; qu'il résulte de cette simple constatation que la société n'était plus en mesure de faire face à son passif exigible bien avant la décision susvisée (la révocation de crédit) et que les causes du dépôt de bilan (…) sont tout à fait étrangères à la faute commise par la banque[4] ».

---

[1] V., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 235 et s., p. 158 et s. V., *infra* Partie 2 pour plus de détails.

[2] V., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 257, p. 170. Cependant, le projet de loi portant réforme de la responsabilité civile soumis à consultation publique le 29 avril 2016 prévoit dans son article 1254 que, le fait de la victime, sa faute, est partiellement exonératoire lorsqu'elle a contribué au dommage.

[3] Cass., com. 14 décembre 1999, cassation et rejet n° 97-14.500, *D.* 2000, p. 90, note J. Faddoul ; *RTD com.* 2000, p. 157, note M. Cabrillac et p. 372, note C. Champaud.

[4] Cass., com. 24 novembre 1992, rejet n° 90-21.600, *JCP G* 1993, n° 5, II, 21993, note D. Vidal.

Le critère chronologique. Il semble que les tribunaux, pour apprécier le lien causal, raisonnent selon un critère chronologique. Il faut s'interroger sur les causes réelles de l'état de cessation des paiements, « le fait que la rupture brutale des concours ait conduit l'entreprise à déclarer la cessation de ses paiements procède d'abord, en effet, de la chronologie et non pas nécessairement d'une relation causale[1] ». Le sophisme *post hoc ergo propter hoc* réduit donc la difficulté d'appréciation du lien causal, et partant sa preuve à la charge de la victime.

Ainsi, une banque dont il n'est pas contesté qu'elle ait commis diverses fautes, engage sa responsabilité à l'égard de l'emprunteur, désormais en liquidation judiciaire. Ces fautes, qui s'analysent en une rupture brutale de crédit, un rejet sans préavis de prélèvements, lettres de change et chèques, en informant parfois la Banque de France, ont entraîné un préjudice dont le liquidateur judiciaire demande réparation. La modification de la cotation à la Banque de France, qui est passée d'une capacité de l'entreprise à honorer ses engagements jugée forte à faible, a causé un préjudice certain à la société, dès lors que certains fournisseurs, se référant à la cote de crédit et de paiement d'une société avant de s'engager, ont cessé les approvisionnements en matières premières. (…) En revanche, le lien entre les fautes de la banque et la procédure collective, qui n'a été ouverte que trois ans après les faits litigieux, n'est pas démontré[2].

Ou encore, une banque qui a consenti un concours qui ne pouvait être interrompu que dans les conditions légales. Or, aucun comportement répréhensible de la société n'est démontré, il en est de même du caractère irrémédiablement compromis de la situation de la société qui a poursuivi ces activités plusieurs mois avant de déposer son bilan. La banque a donc commis une faute. Toutefois, n'est pas rapportée la preuve d'un lien de causalité entre la faute de la banque et la perte de valeur totale du fonds de commerce. La liquidation judiciaire de la société trouve son origine dans des difficultés de trésorerie auquel le maintien du concours bancaire n'aurait pas pu durablement remédier[3].

En conséquence, l'appréciation du lien causal se fera en mettant en parallèle la situation réelle, celle de l'entreprise qui a subi la rupture et la situation virtuelle, qui consiste à

---

[1] F.-J. Crédot, « La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires », *in Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, p. 65.

[2] CA Paris, 15e Ch. B, 29 novembre 2007, n° 05/24812, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, comm. 91, note A. Martin-Serf.

[3] CA Lyon, 3e Ch. civ. B, 8 novembre 2007, n° 06-05806, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, comm. 91, note A. Martin-Serf.

s'interroger sur le cours des événements qui aurait été celui de l'entreprise si la banque avait assorti d'un préavis l'interruption de ses concours[1].

L'entreprise aurait-elle pu éviter la cessation des paiements si elle avait bénéficié d'un délai pour obtenir un financement par une autre banque ?

2 : Le préjudice

La consistance du préjudice. Le préjudice consiste ici en la perte de chance, par exemple de ne pas voir son activité continuer par l'ouverture d'une procédure collective pour laquelle la rupture est à l'origine de la cessation des paiements. La difficulté résidera alors dans la mesure de cette chance perdue, sachant que « le dommage indemnisable induit par la rupture brutale des crédits, ne peut pas être constitué par le passif de la procédure collective[2].

La victime du préjudice. Il s'agit en premier lieu de l'entreprise qui subit la rupture du concours, qui agira par l'intermédiaire de son représentant. Dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective, en redressement judiciaire l'administrateur judiciaire ne représente que le débiteur, il n'a pas qualité pour agir au nom des créanciers. Par contre, l'action en responsabilité civile contre les tiers est exercée par le représentant des créanciers en liquidation judiciaire, de sorte que le préjudice sera nécessairement collectif[3].

La possibilité pour le prêteur de rompre son concours constitue une première forme de déclin de la responsabilité. Une seconde forme peut être tirée du manque de diligence des juges du fond dans la caractérisation de la cessation des paiements.

---

[1] V., F.-J. Crédot, « Risque bancaire et crédit bancaire aux entreprise », *LPA* 7 juillet 1993, n° 81, p. 14.
[2] F.-J. Crédot, « La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires », *in Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, p. 70.
[3] V., Ass., plén. 9 juillet 1993, cassation n° 89-19.211, *D.* 1993, p. 469, note F. Derrida, J.-P. Dumas et M. Jeol ; *RTD com.* 1993, p. 699, note M. Cabrillac ; *JCP G* 1993, n° 39, II 22122, note F. Pollaud-Dullan.

Paragraphe 2 : Le contentieux de la cessation des paiements dans l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Déclin par la déclaration tardive de la cessation des paiements. Le déclin de la responsabilité bénéficie aussi au dirigeant par un moyen incident. En effet, pour mettre en œuvre l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif il est nécessaire que soit caractérisé une faute de gestion dont nous avons vu qu'elle semblait volontiers retenue[1]. Or, comme nous avons pu aussi le constater, bien souvent le demandeur recherchera comme faute de gestion la poursuite d'une activité déficitaire qui induit celle relative au défaut de déclaration de la cessation des paiements ou la seule déclaration tardive de la cessation des paiements.

En effet, au terme de l'article L. 640-4 du Code de commerce : « l'ouverture de cette procédure doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements, s'il n'a pas dans ce délai demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation », cette déclaration apparaît comme une obligation pour le débiteur. En outre, nous l'avons vu également, toutes les fautes ne possèdent pas le même degré de gravité, de sorte que lorsque le comportement du débiteur relèvera d'une infraction pénale, il semble évident que la qualification de faute de gestion pourra être retenue. Il en va certainement de même lorsque cette faute justifie une sanction professionnelle. Or, ceci semble justifier que la déclaration tardive de la cessation des paiements, qui est une cause du prononcé de l'interdiction de gérer au regard de l'alinéa troisième de l'article L. 653-8 du Code de commerce, soit si souvent recherchée[2]. Le demandeur, qui croit mettre toutes les chances de son côté en poursuivant sur ce motif, car après tout le dirigeant encourt une sanction professionnelle ce qui dénote un certain degré de gravité dans la déclaration tardive de la cessation des paiements, se heurtera bien souvent au contrôle de la Cour de cassation dans sa qualification. D'où notre idée du déclin de la responsabilité pour le dirigeant.

---

[1] V., *supra* « L'appréhension de la faute de gestion par la Cour de cassation ».

[2] L'article L. 653-8 du Code de commerce, à propos de l'interdiction de gérer, dispose dans son alinéa 3 : « 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 ». Notons l'ajout, par la loi du 6 août 2015, de l'adverbe « sciemment », ce qui tend à prouver le caractère de gravité du défaut de déclaration. Encore faudra-t-il pour le demandeur d'établir cette intention.

Nous avons assis notre travail, comme nous l'avons fait pour la faute de gestion. Il en est ressorti une série d'arrêts dont l'étude a mis en évidence que le contentieux de la cessation des paiements s'organisait principalement autour de deux axes : matériel (**A**) et temporel (**B**).

A : Le contentieux matériel : l'absence de précision quant à l'actif disponible

L'actif disponible : condition de caractérisation de la cessation des paiements. Une entreprise en état de cessation des paiements[1], est au sens général, le « fait pour un débiteur de ne pas être en mesure de respecter ses engagements[2] ». Au sens juridique, le Code de commerce la définit à l'article L. 631-1, alinéa 1er, comme « l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ». Au delà de la fixation de la date qui nous retiendra ci-après, c'est le juge qui a en charge d'en interpréter les éléments de fait. S'agissant du passif exigible, celui-ci regroupe « toutes les dettes quelle que soit leur nature, dès lors qu'elles sont certaines, liquides et exigibles[3] ». Quant à l'actif disponible, « il est constitué de la trésorerie c'est à dire des liquidités et de l'actif réalisable à bref délai », sachant que « le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements[4] ». Donc, il s'avère que lorsque l'une des deux conditions constitutives de la cessation des paiements n'est pas certaine et suffisamment précise, la déclaration tardive ne peut être caractérisée, et partant la cessation des paiements et *a fortiori* la faute de gestion.

Structure identique des arrêts. Ainsi, nous avons pu relever un certain nombre d'arrêts traitant de cette question. Le premier élément qui en ressort est la structure méthodologique utilisée par la Haute juridiction pour « casser » les arrêts rendus par les différentes Cours d'appel, le même formalisme, les mêmes termes sont employés. Le seul élément qui diffère est la précision sur le passif. Ainsi, dans tous les arrêts, la Cour d'appel a condamné le dirigeant au paiement de l'insuffisance d'actif. Mais, ce faisant, elle n'a relevé que des éléments susceptibles de mettre en évidence le passif exigible.

---

[1] V., *infra* « Les préjudices inhérents à la procédure collective ».
[2] D. Voinot, *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 168, p. 65 et 66.
[3] D. Voinot, *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 183, p. 73.
[4] Article L. 631-1, alinéa 1er, deuxième phrase.

Aspects quantitatifs. Premièrement[1], le passif résulte de deux créances impayées et un fonds de commerce grevé de deux inscriptions du Trésor public.

Deuxièmement[2], la Cour d'appel relève que le dirigeant n'a pas déclaré la cessation des paiements dans les délais légaux alors que sa société était en cessation des paiements au moins depuis le 1er octobre 1997, date d'exigibilité des premières cotisations de la caisse de compensation des prestations familiales et des accidents du travail.

Troisièmement[3], la Cour d'appel constate que l'activité était déficitaire avec un écart négatif considérable et des pertes d'exploitations accrues après la fermeture de l'hôtel, ce qui accentua le résultat déficitaire alors que le budget prévisionnel prévoyait un résultat positif.

Quatrièmement[4], le passif ressort du fait que le conseiller juridique et le principal fournisseur n'étaient plus payés.

Cinquièmement[5], les créances exigibles étaient demeurées impayées au jour retenu comme étant celui de la cessation des paiements, la créance de l'URSSAF n'était pas réglée, ni celle du bailleur.

Sixièmement[6], le passif était constitué du fait de l'ouverture du redressement judiciaire ouvert sur assignation d'un salarié qui n'a pas obtenu le paiement du montant d'une condamnation prononcée par le conseil de prud'hommes.

Septièmement[7], le passif est formé par la forte dégradation du résultat d'exploitation et du résultat courant de la société pendant deux ans, qui sont par la suite devenus négatifs, par l'absence de rentabilité et par le rejet de chèques sans provision.

Huitièmement[8], le passif était constitué par des créances impayées, des loyers non réglés, la délivrance d'un commandement de payer avec clause résolutoire et des cotisations et taxes impayées.

---

[1] Cass., com., 15 décembre 2009, cassation n° 08-21.906, précité.

[2] Cass., com. 11 octobre 2011, cassation n° 10-20.423, *Dr. et patr.* 31 octobre 2011, n° 850, p.3 ; *Rev. proc. coll.*, mai 2012, n° 3, comm.98 par A. Martin-Serf.

[3] Cass., com. 8 novembre 2011, cassation n° 09-71.668.

[4] Cass., com. 30 octobre 2012, cassation n° 11-12.231, *Act. proc. coll.* 2012, n° 19, alerte 290.

[5] Cass., com. 22 mai 2013, cassation n° 12-18.823, *D.* 2013, p. 2551, note A.-C. Le Bras ; *Dr. sociétés* 2013, n° 8-9, comm.145, note J.-P. Legros ; *Procédures* 2013, n° 8-9, comm.247, note B. Rolland ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 11, alerte 160.

[6] Cass., com. 27 mai 2014, cassation n° 12-27.945, *Dr. sociétés* 2015, n° 1, comm.15, note J.-P. Legros.

[7] Cass., com. 4 novembre 2014, cassation n° 13-24.028, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, comm.70, note A. Martin-Serf ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 19, alerte 338, note L. Fin-Langer ; *Dr. sociétés* 2015, n° 4, comm.75, note J.-P. Legros.

[8] Cass., com. 2 décembre 2014, cassation n° 13-19.144, *Dr. sociétés* 2015, n° 6, comm.116, note J.-P. Legros.

Dernièrement[1], après cette énumération sans doute fastidieuse, mais qui tend à prouver le souci des Cours d'appel à caractériser au moins le passif, ici les juges du fond se contente paradoxalement de « constater le passif exigible », sans mentionner de faits, d'éléments propres à le prouver.

Cassation selon le même motif. Comme nous l'avions évoqué, la solution de la Cour de cassation est imparable. Tous ces arrêts sont cassés, pour le même motif qui peut, sans dénaturation, être résumé comme suit : si la Cour d'appel met en évidence le passif, « en l'absence de précisions sur l'actif disponible » l'état de cessation des paiements ne peut être caractérisé. Or, comme la cessation des paiements est « une condition nécessaire pour retenir à l'encontre du dirigeant la déclaration tardive de cet état », la Cour d'appel ne pouvait pas prendre cette faute en considération.

Le passif n'est pas le seul élément à prendre en considération. L'importance du passif ne peut préjuger de l'état de cessation des paiements, ni *a fortiori* de la faute et donc de la responsabilité du dirigeant.
Finalement, ces solutions nous renseignent sur des éléments susceptibles de constituer le passif exigible, et sur la nécessité qu'il faut retenir que l'actif disponible à prendre en considération est celui au jour de la dernière créance admise au passif. Mais il faut aussi noter, et peut être surtout d'ailleurs, le manque d'implication des juges du fond dans la caractérisation de l'actif. Et, de cet aspect quantitatif, on ne peut que conseiller le créancier à ne pas soulever la faute constituée par la déclaration tardive de la cessation des paiements, ou lui préférer celle de la poursuite d'une activité déficitaire. Sauf à nourrir le déclin de la responsabilité, au moins sur ce point.

À côté de ce contentieux matériel, peut-être mis en évidence un contentieux de type temporel.

B : Le contentieux temporel

Fixation de la date. Ce type de contentieux, même s'il a évidemment un lien avec le précédent car la cessation des paiements est un état, et que par définition il s'apprécie à un

[1] Cass., com. 8 septembre 2015, cassation n° 14-15.183, *Act. proc. coll.* 2015, n° 15, alerte 260.

instant donné en fonction des éléments matériels fournis, concerne avant tout la délimitation temporelle de la cessation des paiements. Les tribunaux doivent constater la cessation des paiements le jour où ils statuent, que ce soit au premier ou au second degré. Si cet état est constaté, la juridiction arrête la date en déterminant le jour où le débiteur fut dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, après avoir sollicité ses observations. Dans l'hypothèse où la date n'est pas déterminée, « la cessation des paiements est réputée être intervenue à la date du jugement d'ouverture de la procédure[1] », sachant qu'elle peut être reportée une ou plusieurs fois, sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure.

Nous avons pu relever différents manquements de la part des juridictions du fond qui ont tous attrait à un manque de précision, et qui, au final aboutit à faire évoluer la jurisprudence de la Cour de cassation. Il s'agira du manque de précision quant à la date à laquelle se placer pour apprécier la cessation des paiements (**1**), du manque de précision quant au jour exact retenu comme celui de la cessation des paiements (**2**), du manque de précision pour la date retenue comme étant celle de la cessation des paiements (**3**) et enfin de la date de cessation des paiements à prendre en compte (**4**).

1 : Le manque de précision quant à la date à laquelle se placer pour apprécier la cessation des paiements

Dans cette espèce[2], l'arrêt confirmatif retient « que la tardiveté de la déclaration de cessation des paiements est démontrée par un état chronique d'endettement remontant à l'exercice 2005 durant lequel certaines créances sont apparues, et que cette faute de gestion a contribué à l'insuffisance d'actif ». État caractérisé selon la Cour d'appel, par la mauvaise gestion du dirigeant dans la conversion de son activité, déficitaire depuis 2005.

Or, pour la Cour de cassation, les juges d'appel n'ont pas précisé la date à laquelle ils se plaçaient pour apprécier la cessation des paiements. De sorte que l'absence de cessation des paiements implique l'absence de faute de gestion.

La Cour semble s'orienter vers une caractérisation autonome de la date de fixation.

---

[1] Article L. 631-8, alinéa 1er du Code de commerce, applicable à la liquidation judiciaire par renvoi de l'article L. 641-1, IV.

[2] Cass., com. 15 juin 2011, cassation n° 10-23.253, *Act. proc. coll.* 2011, n° 15, alerte 237.

2 : Le manque de précision quant au jour exact retenu comme celui de la cessation des paiements

Dans une première espèce[1], qui concerne aussi un arrêt confirmatif, dans lequel la Cour d'appel, « après avoir relevé l'existence et le montant des créances fiscales et des organismes sociaux dues au titre de l'année 2002, retient qu'il résulte de ces éléments que la cessation des paiements était acquise dès la fin du troisième trimestre 2002, et qu'en ne procédant à sa déclaration que le 30 avril 2003, le dirigeant a commis une faute de gestion, puis que l'état de cessation des paiements étant acquis en décembre 2002 (…) ».

Ici, pour la Cour de cassation, les juges du fond n'ont pas précisé le jour exact retenu comme celui de la cessation des paiements. Donc, ils n'ont pas pu caractériser la faute de gestion.

Ici encore la Cour de cassation sanctionne le manque de rigueur de la Cour d'appel dans la fixation de la date de la cessation des paiements. Elle va même plus loin puisqu'à notre connaissance c'est la première fois qu'elle affirme que le juge d'appel est tenu de fixer « le jour exact », ce qui semble marquer une évolution de sa jurisprudence.

Dans une seconde espèce[2], la Cour d'appel condamne la dirigeante à combler l'insuffisance d'actif. La Cour de cassation, confirme l'arrêt précédent et casse car les juges du fond n'ont pas précisé le jour exact retenu comme celui de la cessation des paiements. Et partant n'ont pu retenir une faute de gestion.

3 : Le manque de précision pour la date retenue comme étant celle de la cessation des paiements

Dans cette espèce[3], la Cour d'appel, pour condamner le dirigeant à supporter l'insuffisance d'actif, retient qu'il n'a pas fait de déclaration de cessation des paiements dans les délais.

La Cour de cassation censure logiquement les juges d'appel en ce qu'ils n'ont pas précisé la date retenue comme étant celle de la cessation des paiements, ni caractériser à cette date, l'impossibilité pour la société de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

---

[1] Cass., com. 30 mars 2010, cassation n° 08-22.140, *Dr. sociétés* 2010, comm. 147, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, étude 5, note D. Demeyre.

[2] Cass., com. 1er février 2011, cassation n° 09-72.695, *Dr. sociétés* 2011, n° 8 et 9, comm. 159, note J.-P. Legros ; *Procédures* 2011, n° 5, comm.184, note B. Rolland ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 3, comm.100, note A. Martin-Serf.

[3] Cass., com. 23 avril 2014, cassation n° 12-10.241.

4 : La date de cessation des paiements à prendre en compte : revirement de jurisprudence

Dans une espèce[1], la Cour d'appel a condamné le dirigeant a comblé l'insuffisance d'actif de sa société. Elle retient que cette dernière était en cessation des paiements depuis au moins le 5 juillet 2007 et qu'en s'abstenant d'en faire la déclaration dans le délai de quarante-cinq jours, le dirigeant a commis une faute de gestion.

La Cour de cassation casse cet arrêt, car la Cour d'appel n'a pas précisé si la date du 5 juillet 2007 était celle fixée par le jugement d'ouverture ou un jugement de report.
Par cet arrêt remarquable, la Cour de cassation rompt avec sa jurisprudence antérieure qui appréciait la date de cessation des paiements de manière autonome. Désormais, elle retient une conception unitaire de la date de la cessation des paiements, conformément aux dispositions de l'article L. 631-8 du Code de commerce.

Ce faisant la haute juridiction assure cohérence et sécurité juridique puisqu'elle aligne cette solution avec l'interdiction de gérer[2].

[1] Cass., com. 4 novembre 2014, cassation n° 13-23.070, *JCP E* 2014, n° 48, p. 1604, note Ph. Roussel Galle ; *Rev. sociétés* 2014, p. 751, note L.-C. Henry ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 20, alerte 352 ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, comm.67, note A. Martin-Serf ; *JCP G* 2015, n° 15, 12°, note P. Pétel ; *Dr. sociétés* 2015, n° 3, comm.55, note J.-P. Legros. Pour une confirmation : v., Cass., com. 5 mai 2015, cassation n° 14-13.300, *Dr. sociétés* 2016, n° 5, comm.88, note J.-P. Legros et Cass., com. 18 mai 2016, rejet n° 14-21.133.
[2] Cass., com. 4 novembre 2014, cassation n° 13-23.070, précité.

Conclusion du chapitre

L'utilisation opportuniste de la responsabilité civile se manifeste au travers de son usage fluctuant. Cette fluctuation, mise au service de l'efficacité du droit des procédures collectives, sert sa politique juridique. Or, cette fluctuation met en évidence d'une part un regain de la responsabilité, ce qui semble paradoxal à la vue de l'évolution des finalités de la procédure collective. D'autre part un déclin lorsque la responsabilité ne sera pas retenue.

La première forme de regain concerne la faute de gestion, condition pour que soit recherchée la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant. D'un point de vue quantitatif, sur les trente arrêts recensés, quatre ne retiennent pas la qualification de faute de gestion et ce, pour des motifs relativement stricts. Six arrêts, bien qu'admettant la qualification de faute de gestion, ne condamnent pas le dirigeant car, soit une des conditions requises pour cette action n'est pas caractérisée, soit il s'agit plus généralement d'une condition relative à la procédure collective qui fait défaut. Finalement vingt arrêts retiennent cette qualification, sans qu'une unique faute soit mise en évidence. Ce qui tend à prouver le caractère agrégant de la faute de gestion. D'un point de vue qualitatif maintenant, la conséquence de tout cela nous amène à circonscrire l'appréhension de la faute de gestion. Au travers des différents arrêts qui retiennent la qualification, il ressort que cette faute est constituée de plusieurs éléments et qu'elle se définit à la fois par sa nature, une faute commise dans la gestion et par ses effets, une faute qui aggrave le passif. Or, si *a priori* les éléments pris isolément, indépendamment les uns des autres ne constituent pas une faute, c'est leur liaison qui, par l'ouverture d'une procédure collective, leur donne la qualification de faute de gestion. La faute de gestion posséderait donc intrinsèquement un degré de gravité. À ce propos, M. Voinot, exhorte le législateur à revoir le contenu de la faute de gestion lors de la prochaine réforme du droit des entreprises en difficulté, pour que soit consacrée « une faute caractérisée permettant de distinguer les dirigeants malheureux des dirigeants malhonnêtes[1] ». Il semble donc, à la lecture des arrêts, que la faute de gestion soit constituée par un agrégat de faits. De sorte qu'au final se pose la question de sa nature. S'agit-il d'une faute grave ? *A priori* non. S'agit-il d'une faute aggravée ? Certainement, mais par quoi ? Nous le verrons.

Aussi, il semble flagrant qu'un élément se glisse dans la méthode d'appréciation des juges de la faute de gestion. Cet élément implicite, qui n'appartient pas aux conditions légales de

[1] D. Voinot, « Insuffisance d'apport à la constitution de la société : à qui la faute en cas de liquidation judiciaire ? », *RLDA* mai 2015, n° 115, p. 18.

l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, est l'intérêt. En effet, le dirigeant qui agit afin de protéger ses intérêts personnels ferait « déplacer » le curseur d'appréciation vers la faute de gestion.

Il faut donc prendre davantage en considération cette notion d'intérêt, qui est au cœur de la relation entre responsabilité civile et procédure collective.

La seconde forme de regain, qui se rattache davantage à sa définition, concerne la reprise et la réouverture de la liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif. La réouverture a un effet rétroactif et plusieurs actions sont susceptibles de la justifier, dont l'action en responsabilité civile. En effet, il est possible d'actionner les tiers, la banque, le liquidateur, etc., en responsabilité après clôture. Il ressort de la jurisprudence la possibilité de poursuivre une action déjà intentée dans « l'intérêt de l'entreprise ». Or, en visant ce type d'intérêt, la Cour de cassation le distingue de l'intérêt collectif des créanciers. S'agissant particulièrement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la clôture de la liquidation judiciaire ne semble pas permettre son exercice, principalement à cause du délai de prescription de trois ans qui y est attaché. Toutefois, si ce délai n'est pas dépassé, la réouverture n'ayant pas pour effet de créer une nouvelle liquidation judiciaire, il serait possible selon nous de l'introduire. La reprise, quant à elle, s'exerce dans l'intérêt collectif des créanciers. À ce propos, il est possible pour un créancier de poursuivre le débiteur en cas de fraude, ce qui est généralement le cas pour un créancier omis volontairement de la liste dressée par le débiteur. Or, la poursuite individuelle dans cette hypothèse se fait sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile. Toutefois, depuis la loi de sauvegarde, la sanction attachée à la non déclaration, n'est plus l'extinction de la créance, mais l'inopposabilité. De sorte que le fondement utilisé jusqu'alors ne paraît plus « utile ».

Le déclin de la responsabilité concerne aussi bien le créancier que le débiteur. Pour le créancier, si l'exemple le plus significatif est relatif à la consécration de son irresponsabilité pour soutien abusif, l'utilisation de la rupture de crédit, lorsqu'est ouverte une procédure collective traduit selon nous une situation extrêmement favorable pour le prêteur. Or, il est vrai que la rupture d'un concours bancaire n'est pas un droit pour le créancier, comme peut l'être la fourniture de crédit. Elle n'en reste pas moins possible. Possibilité dérogatoire par rapport au droit commun[1], en ce que la durée du délai de préavis de soixante jours peut

[1] Dans le droit commun de la rupture brutale des relations commerciales, le délai de préavis s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale. V., Cass., com. 9 juillet 2013, cassation n° 12-20.468, *D.* 2013, p. 2324, note C. Mouly-Guillemaud ; *D.* 2014, p. 893, note D. Ferrier ; *JCP E* 2013, n° 37, p. 1499, note C. Vilmart ; *CCC* 2013, n° 10, comm.209,

sembler anodine alors que la relation entre l'établissement de crédit et son client dure parfois depuis des années. En outre, si on ne peut parler d'irresponsabilité dans la rupture du concours, qui est cantonnée au soutien, de sorte qu'une double irresponsabilité serait contre-productive et malvenue, le concours bancaire nécessaire, dans une certaine mesure, à la poursuite de l'activité, ne doit pas pouvoir être interrompu. Mais, force est de constater que le bref délai légal de préavis, ainsi que les deux possibilités de rupture sans préavis, qui, nous l'avons vu ne font plus réellement figure d'exceptions lorsqu'est ouverte une procédure collective, conditions auxquelles est ajoutée la difficulté d'établir, lorsque le débiteur souhaite engager la responsabilité du prêteur, le lien de causalité entre la faute et les difficultés financières de l'entreprise, modifient l'approche de la rupture. Ainsi, on ne devrait plus parler de responsabilité du créancier pour rupture brutale de son concours, mais de possibilité pour lui de rompre son concours. La variation des termes est importante. Associée à l'irresponsabilité en cas de soutien cela revient à donner à la banque un choix, *quasi* discrétionnaire, assis uniquement sur ses propres intérêts, ce qui, au delà de faire perdre la confiance dans le crédit, dessert l'entreprise et, plus globalement, l'intérêt général. Finalement, le curseur se déplace largement en faveur du prêteur et nous amène à une situation paradoxale pour laquelle il n'est ni responsable s'il soutient ni responsable s'il ne soutient pas ou plus ; et sa responsabilité, le cas échéant, est limitée par la preuve difficile du lien de causalité. Ceci le place donc dans une situation de toute puissance et l'entreprise en difficulté dans une situation de dépendance presque totale de son initiative.

Pour le débiteur, le déclin est plus relatif et par ailleurs paradoxal car il concerne selon nous le contentieux matériel et temporel de la cessation des paiements. La première forme de contentieux, concerne le défaut de caractérisation de l'actif disponible, dû selon nous à la détection de la cessation des paiements qui se réalise sur une échelle de temps trop courte et nécessite une évaluation sur une période à venir à très court terme, généralement située à l'intérieur de l'exercice en cours, de l'actif. Contrairement à la poursuite de l'activité déficitaire, qui semble plus facilement, d'un point de vue quantitatif, mise en évidence. La seconde est temporelle. Pour cette forme, la cessation des paiements est constatée au jour où la juridiction statue et sa date est fixée par le tribunal, soit au jour où il statue, soit à une date antérieure.

---

note N. Mathey ; *Revue juridique de l'économie publique* 2014, n° 716, comm.7, note M. Landais-Petit.

Toutefois, l'utilisation opportuniste par l'usage fluctuant de la responsabilité civile n'est pas le seul moyen utilisé au sein du droit des procédures collectives. Celle-ci se traduit aussi par l'usage pragmatique de la responsabilité civile.

Chapitre 2 : L'usage pragmatique de la responsabilité civile

L'utilisation opportuniste de la responsabilité civile dans le droit des procédures collectives, met aussi en évidence un usage pragmatique de celle-ci. Or, par la nature empirique de notre démonstration, qui présente la mise au service de la responsabilité civile à la procédure collective, il en résulte son adaptabilité pratique.

En d'autres termes, l'utilisation cohérente de la responsabilité civile, comme un outil au service de la politique juridique de la procédure collective, donc de ses finalités, révèle la capacité de la responsabilité civile à s'adapter à la procédure collective. Or, cette adaptabilité concerne à la fois l'action en responsabilité (**Section 1**) et la reconnaissance de responsabilité (**Section 2**).

Section 1 : L'adaptation de l'action en responsabilité civile à la procédure collective

La recherche de la responsabilité civile participe à l'efficacité du droit des procédures collectives. Or, l'objet de cette efficacité est de concilier des intérêts contradictoires, de sorte que l'action en responsabilité civile doit conduire à des solutions équilibrées (**Paragraphe 1**). En matière de crédit, si l'on prend cet exemple, la divergence entre les intérêts semble s'équilibrer par la relation de confiance qui unit le prêteur au dirigeant emprunteur. Or, il semble que ce ne soit plus la confiance qui guide le prêteur lorsqu'il rompt ou accorde du crédit à une entreprise en difficulté, mais son choix, ce qui unilatéralise la relation. Partant, il nous semble que le droit des procédures collectives gagnerait en efficacité par la suppression de la confiance comme source de la relation de crédit (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'adaptation par la recherche de solutions équilibrées

Cette finalité de la responsabilité civile en droit des procédures collectives peut se manifester au travers de deux exemples. Le premier sera celui de la poursuite du contrat de bail (**A**) et le second celui de la revendication des biens fongibles (**B**).

A : L'équilibre des intérêts dans la poursuite du contrat de bail

Le principe de la poursuite des contrats en cours (**1**) s'applique au bail commercial. Mais sa particularité (**2**) implique de prendre en compte, lorsqu'est intentée une action en responsabilité contre le mandataire de justice, l'équilibre des intérêts (**3**).

1 : Le principe de la poursuite des contrats en cours en droit des procédures collectives

L'importance de la poursuite de contrats impose une dérogation au droit commun. Le débiteur, lorsqu'il fait l'objet d'une procédure collective risque de voir sa situation se dégrader davantage du fait de la rupture des relations contractuelles. Que ce soit par le biais de la clause résolutoire ou simplement l'inexécution de la prestation. Donc, afin d'éviter la paralysie et assurer l'efficacité de la procédure collective, il est possible pour l'administrateur judiciaire lorsqu'est ouverte une procédure de sauvegarde[1], de redressement[2] ou de liquidation judiciaire[3] d'imposer aux cocontractants du débiteur la poursuite de l'exécution des contrats en cours en dépit du jugement d'ouverture. Celle-ci apparaît donc comme un élément de la politique juridique de la procédure collective. Mais elle a aussi pour effet de porter atteinte, dans ce cadre, aux droits contractuels des créanciers du débiteur et de mettre en échec le principe de la force obligatoire des contrats par une décision unilatérale[4]. L'atteinte est d'autant plus flagrante, qu'il est possible à l'administrateur de résilier unilatéralement le contrat, particulièrement « si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur », ce qui se comprend assez facilement, en revanche est plus difficile à caractériser la résiliation unilatérale qui « ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant[5] ». C'est pourquoi cette faculté relève de l'appréciation souveraine du juge-commissaire.

Le choix entre les bons et mauvais contrats, dans l'intérêt de l'entreprise du débiteur, s'exerce grâce à un droit d'option, d'ordre public, dont l'exercice est confié à l'administrateur[6].

---

[1] Article L. 622-13 du Code de commerce.
[2] Article L. 631-14 du Code de commerce.
[3] Article L. 641-11-1 du Code de commerce.
[4] V., P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014.
[5] Article L. 622-13, IV, du Code de commerce.
[6] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 403, p. 262.

Les contrats concernés. L'administrateur, s'il a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours[1], en fournissant alors la prestation promise au cocontractant du débiteur, doit s'assurer, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires au paiement des contrats continués. Pour ce faire, il peut s'aider des documents prévisionnels dont il dispose. S'agissant des contrats dont l'exécution ou le paiement sont échelonnés dans le temps, l'administrateur y mettra fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant.
La généralité des termes, impose de ne pas distinguer selon le type de contrat, instantané ou à exécution successive. À ce titre est visé le contrat de bail dont la poursuite est nécessaire pour l'entreprise[2]. Toutefois, il convient de noter que ce contrat doit être « en cours » ; ainsi le bail commercial renouvelé après délivrance d'un congé est un nouveau bail, de sorte que le bail commercial arrivé à terme à la date d'ouverture de la procédure collective, implique l'absence de qualification de contrat en cours[3].

Le droit d'option. Son exercice n'est enfermé dans aucun délai. Toutefois, le contrat sera résilié de plein droit après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat, adressée à l'administrateur, non pas au mandataire ni au juge-commissaire, et restée plus d'un mois sans réponse[4].

2 : La particularité du bail commercial

Le régime particulier du bail commercial. Le maintien des baux immobiliers « utilisés pour l'activité de l'entreprise » conditionne la poursuite ou non de l'activité de l'entreprise. C'est pourquoi le législateur a organisé sa résiliation, uniquement au profit du

---

[1] En l'absence d'administrateur, conformément à l'article L. 627-2 du Code de commerce, c'est le débiteur qui décide, après avis du mandataire judiciaire. En cas de désaccord, il reviendra au juge-commissaire de trancher.
[2] Les règles générales sont définies aux articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce.
[3] Ass., Plén. 7 mai 2004, cassation n° 02-13.225, *D.* 2004, p. 1451, ccl R. De Gouttes et p. 2142, note P.-M. Le Corre ; *AJDI* 2004, p. 533, note P.-M. Le Corre et p. 689, note M.-P. Dumont et 2006, p. 433, note F. Planckeel ; *JCP G* 2004, n° 38, II 10138, note B. Demoustier ; *JCP E* 2004, n° 28, p. 1059, note B. Demoustier ; *JCP N* 2004, n° 41, note B. Demoustier.
[4] Article L. 622-13, III, 1° du Code de commerce.

preneur, en écartant le régime de résiliation des contrats en cours[1]. Une protection certaine à son profit est donc mise en place.

Or, si le redressement et la liquidation judiciaire n'entraînent pas, de plein droit, la résiliation du bail affecté à l'activité[2], il est toujours possible pour le cocontractant d'insérer une clause résolutoire. Ainsi, par une combinaison de l'article L. 145-41 du Code de commerce, qui prévoit que la clause résolutoire insérée dans le contrat de bail ne produit effet qu'un mois après un commandement de payer resté infructueux ; avec le I et II de l'article L. 622-13 du Code de commerce, le contrat bail peut être un contrat en cours si le jeu de la clause résolutoire n'est pas acquis définitivement au jour du jugement d'ouverture[3].

En outre, le contrat de bail est un contrat en cours bien que les loyers antérieurs au jugement d'ouverture n'aient pas été réglés.

Enfin, la résiliation du bail intervient, « au jour où le bailleur est informé de la décision de l'administrateur de ne pas continuer le bail[4] ».

Toujours dans cette idée de protéger le locataire, un sursis peut lui être accordé concernant le paiement des loyers. En effet, le bailleur, s'il peut demander judiciairement la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture, il ne peut agir qu'au terme d'un délai de trois mois à compter de ce jugement[5]. Dans l'hypothèse où le paiement des loyers est intervenu dans les trois mois, il n'y a pas lieu à résiliation[6].

3 : La prise en compte de l'équilibre des intérêts par le droit de la responsabilité civile

Conciliation des intérêts en présence. Le droit commun de la résiliation des contrats, prévoit qu'elle doit être nécessaire pour les intérêts de l'entreprise, dans la recherche de sa sauvegarde. Il prévoit en outre que cette résiliation ne doit pas porter une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant. Or, si la résiliation porte généralement atteinte à ses intérêts, le plus souvent elle sera justifiée par le sauvetage de l'entreprise en difficulté, et restera tout à

---

[1] Article L. 622-14, alinéa 1er du Code de commerce dispose, dans son alinéa 1er : « sans préjudice de l'application du I et du II de l'article L. 622-13 (…) ». Sont donc uniquement applicables au bail commercial ces dispositions.
[2] Article L. 145-45 du Code de commerce.
[3] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 427, p. 273.
[4] Article L. 622-14, alinéa 1er, 1° du Code de commerce.
[5] Article L. 622-14, alinéa 1er, 2° du Code de commerce.
[6] Article L. 622-14, alinéa 2 du Code de commerce.

fait supportable[1]. Par contre, lorsque celle-ci sera jugée excessive par le juge-commissaire, il devra refuser de prononcer la résiliation du contrat.

Toutefois, nous l'avons vu, ces dispositions ne s'appliquent pas au bail. Dès lors, comment concilier ces intérêts ?

Problématique. Si l'administrateur opte pour la poursuite du contrat de bail, il doit disposer des fonds nécessaires, ou alors il peut y mettre fin s'il s'avère que les fonds ne seront pas suffisants. Mais que doit faire l'administrateur si l'entreprise compte un nombre certain de salariés et que le dirigeant ne peut plus faire face à son loyer ? Comment concilier les intérêts du bailleur, du débiteur et ceux de l'entreprise, dès lors que tout repose sur les épaules de l'administrateur seul décideur de la continuation du contrat de bail ?

Résolution. Paradoxalement, en mettant en jeu sa responsabilité civile. En effet, si le contentieux relatif à la poursuite du contrat de bail est une source importante de responsabilité de l'administrateur ou du liquidateur judiciaire, dans la mesure où toute faute commise dans ce cadre est susceptible d'engager sa responsabilité, puisque l'action en responsabilité civile participe à la défense de l'efficacité du droit des procédures collectives. Donc, si l'administrateur est fautif, il n'y a pas de difficultés puisque, nous l'avons vu, cette faute pourra être interprétée comme étant contraire aux finalités des procédures collectives. Toutefois, cette utilisation du droit de la responsabilité civile doit permettre aussi de prendre en considération l'action du mandataire pour, le cas échéant l'exonérer de sa responsabilité.
En effet, où est la défense de l'efficacité du droit des procédures collectives si on désigne l'administrateur responsable d'avoir poursuivi le bail alors que la situation de l'entreprise ne le permettait pas ? Dans une espèce[2], l'administrateur judiciaire qui est mis en demeure d'opter, a demandé et obtenu un délai supplémentaire de la part du juge-commissaire, « compte tenu des incertitudes inhérentes à l'avenir de l'entreprise ». Mais la précipitation de la fin de la période d'observation l'empêcha d'opter et l'activité résiduelle de la société s'est poursuivie dans les locaux mis à disposition par le bailleur. Ce dernier rechercha donc la responsabilité de l'administrateur pour ne pas avoir mis fin au contrat. Pour la Cour de cassation, dès lors que le débiteur est dans l'incapacité de payer les loyers, non pas à cause du

[1] V., Ph. Roussel Galle, « Les « nouveaux » régimes des contrats en cours et du bail », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, dossier 7.
[2] Cass., com. 30 octobre 2012, rejet n° 11-26.530, *Act. proc. coll.* 2012, n° 19, alerte 287, note J. Vallansan.

refus de l'administrateur, mais compte tenu du manque de trésorerie, ce dernier n'est pas fautif. La responsabilité civile, qui défend l'efficacité du droit des procédures collectives a pour effet ici de garantir l'équilibre de sa politique juridique.

La poursuite du contrat de bail est un premier exemple par lequel la responsabilité s'adapte à la procédure collective. Un second exemple vient de la combinaison entre le droit des biens et celui des procédures collectives.

B : L'équilibre des intérêts dans la revendication des biens fongibles

La revendication en droit des procédures collectives, déroge au droit commun des biens (**1**). Ainsi, lorsque la responsabilité du mandataire de justice sera recherchée par le revendiquant dont le bien a été cédé, il faudrait prendre en compte l'attitude antérieure de la victime (**2**).

1 : La primauté du droit des procédures collectives sur le droit des biens

Généralités sur la revendication. À l'ouverture d'une procédure collective, les propriétaires de biens immobiliers ou mobiliers corporels ou incorporels[1] peuvent invoquer leur droit de propriété dans le respect des conventions passées avec le débiteur[2]. Toutefois, seule la revendication des meubles, choses non publiées, fait l'objet de mesures spécifiques édictées par le Code de commerce. Celle-ci ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture[3] ; ce délai préfix, bien que susceptible de restreindre l'exercice du droit de propriété, « répond à un motif d'intérêt général » et n'a ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée[4].

Le défaut de revendication dans ce délai, n'entraîne pas le transfert du droit de propriété au débiteur, mais son inopposabilité à la procédure collective, de sorte que le tiers, qui se prétend propriétaire d'un bien saisi entre ses mains, peut en demander la distraction, pour s'opposer au droit du créancier saisissant sans préjudicier au droit de gage général des créanciers

[1] Article L. 624-15 du Code de commerce.
[2] V., D. Voinot, *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 494, p. 197.
[3] Article L. 624-9 du Code de commerce.
[4] Cass., com. 15 mars 2011, QPC, non lieu à renvoi n° 10-40.073, *D.* 2011, p. 2687, note F. Arbellot ; *Rev. sociétés* 2011, p. 387, note Ph. Roussel Galle ; *RTD com.* 2011, p. 642, note A. Martin-Serf ; *Act. proc. coll.* 2011, n° 7, alerte 112.

antérieurs[1]. Or, ce délai de trois mois est censé concilier d'un côté la dimension collective de la procédure et la nécessité de la célérité dans la détermination de l'actif susceptible d'apurer le passif avec de l'autre le caractère perpétuel du droit de propriété qui implique son absence d'extinction par le non usage. Une telle solution est, pour les civilistes, contraire aux principes essentiels du régime des biens[2], et du droit de la propriété en particulier. Mais, les finalités des procédures collectives, étant d'un intérêt supérieur à l'intérêt particulier du tiers propriétaire, justifient cette solution.

Le revendiquant a la propriété des biens fongibles. La revendication ne sera possible que si les biens se retrouvent en nature entre les mains du débiteur, situation facilitée par l'inventaire dressé en début de procédure[3]. Or, la jurisprudence, à propos de cette disposition, est allée encore plus loin puisqu'elle permet la revendication alors même qu'il serait établi que les marchandises revendiquées n'appartenaient pas au revendiquant. En effet, « la cour d'appel, qui a dit n'y avoir lieu de prendre en considération le moyen selon lequel la rotation rapide des stocks exclut que les marchandises retrouvées en nature chez le débiteur soient celles mêmes vendues par la société avec une clause de réserve de propriété, a légalement justifié sa décision[4] ». Ainsi, il est admis la possibilité de revendiquer un bien ayant fait l'objet d'une transformation lorsque celle-ci n'affecte pas sa substance même, c'est à dire n'altère ni ses caractères ni sa propriété[5]. De ceci, nous voyons poindre une difficulté.

2 : La nécessaire prise en compte de l'attitude antérieure du revendiquant

La difficulté soulevée par le critère de la fongibilité. Le bien sera considéré comme fongible s'il appartient au même genre qu'un autre bien et qu'il peut donc lui être considéré

---

[1] Cass., com. 26 novembre 2002, cassation n° 01-03.980, *RTD civ.* 2003, p. 316, note T. Revet ; *RTD com.* 2003, p. 570, note A. Martin-Serf.
[2] V., Th. Revet, « Action en revendication (délai) », *RTD civ.* 2003, p. 316, note sous Cass., com. 26 novembre 2002, cassation n° 01-03.980, précité.
[3] Article L. 622-5, alinéa 1er du Code de commerce. Toutefois, notons que l'absence d'inventaire ne fait pas obstacle à l'exercice des actions en revendication : même article, alinéa 5.
[4] Cass., com. 5 mars 2002, rejet n° 98-17.585, *D.* 2002, p. 1139, note A. Lienhard ; *RTD civ.* 2002, p. 339, note P. Crocq et p. 327 note T. Revet ; *RTD com.* 2002, p. 544, note A. Martin-Serf et p. 717, note B. Bouloc.
[5] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 692, p. 421.

comme équivalent s'il est de même quantité et qualité. Le bien est alors fongible parce qu'il peut se mesurer, se compter, se peser, qu'il s'agisse de biens corporels ou incorporels[1].

La preuve, par le revendiquant, de la fongibilité du bien relève du pouvoir souverain des juges du fond[2]. S'il prouve le caractère fongible, le revendiquant ne sera pas traité comme un propriétaire, devant faire preuve de son droit de propriété, mais comme un créancier autorisé à se payer par reprise des biens[3]. Ce qui revient à attribuer la propriété au fournisseur qui avait livré des biens semblables[4].

Or, une difficulté pouvait apparaître quant à la revendication du bien fongible. En effet, comment une personne, dans la mesure où le bien fongible ne se distingue pas d'un autre du même genre, pouvait-elle établir que le bien revendiqué fut le sien ? Cette question n'a pu lieu de se poser, mais si elle y parvenait, cela n'avait pas pour effet de transformer la nature de son bien en corps certain[5]. Désormais, l'impossibilité d'identifier les biens vendus n'empêche pas l'exercice d'une « néo-revendication[6] » par le vendeur, de telle sorte qu'il est possible de revendiquer des biens qui n'ont jamais appartenu au revendicateur.

Si l'on s'en tient à cette définition, la revendication d'une somme d'argent, bien fongible devrait être possible. Mais tel n'est pas le cas[7]. Difficile à fonder juridiquement, sauf à considérer que l'argent ne soit pas une chose[8], cette solution bouscule une fois de plus le droit des biens. Mais là encore, cette jurisprudence se justifie par la politique juridique de la procédure collective. En effet, fondamentalement, revendiquer une somme d'argent revient à payer une somme d'argent, ce qui méconnaît le droit de créance qui y est attaché et la discipline collective à laquelle sont soumis les créanciers chirographaires par la déclaration de leur créance et surtout à méconnaître le principe de l'arrêt des poursuites individuelles.

---

[1] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v. Fongible.

[2] Cass., com. 5 mars 2002, rejet n° 98-17.585, précité.

[3] V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 816.52, p. 2413.

[4] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1617, p. 750.

[5] Sur la définition, v., G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v. Certain (corps). Sur l'affirmation v., Cass., com. 7 février 1989, rejet n° 85-17.531, *RTD civ.* 1990, p. 109, note F. Zenati.

[6] F. Pérochon, « La revendication des biens fongibles par le vendeur », *LPA* 14 septembre 1994, p. 82. Et « Les revendications : les dernières évolutions jurisprudentielles », *LPA* 13 février 2002, n° 32, p. 4.

[7] Cass., com. 22 mai 2013, rejet n° 11-23.961, *D.* 2013, p. 1594, note F. Danos, p. 2363, note F.-X. Lucas et p. 2551, note A.-C. Le Bras ; *RTD civ.* 2013, p. 649, note W. Dross ; *RTD com.* 2013, p. 591, note A. Martin-Serf ; *Rev. sociétés* 2013, p. 526, note Ph. Roussel Galle.

[8] V., W. Dross, « L'argent se revendique-t-il ? », *RTD civ*. 2013, p. 649, note sous Cass., com. 22 mai 2013, rejet n° 11-23.961, précité.

Donc, la revendication peut intéresser tous les biens fongibles, autres qu'une somme d'argent[1].

Or, cette possibilité de revendiquer n'importe quels biens fongibles, dès lors qu'ils existent entre les mains du débiteur, est susceptible de soulever une difficulté, notamment lorsque sera recherchée la responsabilité de l'administrateur ou du liquidateur judiciaire. Dans cette hypothèses, au moins deux intérêts sont en jeu, celui du revendiquant et du débiteur. Les organes de la procédure collective doivent-ils alors agir dans l'intérêt du revendiquant, dans l'intérêt du débiteur ou doivent-ils rechercher une solution équilibrée ?

Illustration. Cette problématique a été posée après un arrêt rendu par la chambre commerciale 5 avril 2016, à propos duquel la responsabilité de l'administrateur et du liquidateur judiciaire a été recherchée[2]. Investi en l'espèce d'une mission d'assistance, l'administrateur est tenu d'une obligation de moyens de préservation des droits du propriétaire[3]. Ce que rappelle la Cour de cassation dans cet arrêt. En l'espèce, les organes ont agi « dans l'intérêt de la société » fournisseur. D'où la question de la représentation ou de la conciliation des intérêts. Nous savons que les organes de la procédure doivent rechercher les finalités des procédures collectives. Ainsi, s'ils préservent suffisamment les droits du revendiquant, par des diligences conformes à son intérêt, ils ne seront pas responsables.

Toutefois, ne pourrait-on pas considérer que le revendiquant qui ne peut plus revendiquer son propre bien, puisse avoir commis une faute, en ce qu'il ne l'a pas revendiqué « à temps » [4]? Son manque de réactivité pourrait-il être fautif ? Sans doute aurait-il dû se manifester dès lors qu'il a eu connaissance de la situation, non pas lorsque le délai de trois mois arrive à terme,

---

[1] Il semble toutefois que cette restriction de la revendication par le mandant ne vaut que pour la somme d'argent détenue par le mandataire sans affectation spéciale. Cette solution devrait être écartée à partir du moment où les fonds réclamés par le mandant sont affectés spécialement à son paiement : v., T. Mastrullo et M. Menjucq, « Procédure collective du mandataire et revendication des sommes d'argent spécialement affectées au paiement du mandant », *Rev. proc. coll.* 2016, n° 3, étude 11.

[2] Cass., com. 5 avril 2016, irrecevabilité n° 14-13.247, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, comm.110, note C. Lebel ; *Procédures* 2016, n° 7, comm.235, note B. Rolland.

[3] Cass., com. 4 janvier 2000, rejet n° 96-18.638, *D.* 2000, p. 56, note A. Lienhard ; *RTD com.* 2000, p. 457, note A. Martin-Serf et p. 708, note B. Bouloc.

[4] Dans cette hypothèse la sanction est la forclusion, ce qui signifie que le droit de propriété devient inopposable à la procédure collective et que le bien reconstitue le gage commun des créanciers. Mais celle-ci n'emporte pas transfert du droit de propriété : v., Cass., com. 30 octobre 2007, cassation n° 06-18.328, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 4, comm.150, note M.-H. Monsèrié-Bon. Pour un exemple récent, v., Cass., com. 15 décembre 2015, rejet n° 13-25.566, *D.* 2016, p. 1179, note L. Neyret ; *Rev. sociétés* 2016, p. 199, note L.-C. Henry ; *RTD com.* 2016, p. 204, note A. Martin-Serf ; *RD banc. et fin.* 2016, n° 2, comm.87, note C. Houin-Bressand.

surtout lorsque l'administrateur judiciaire l'a informé de l'existence de matériels lui appartenant.

Si, malgré tout le revendiquant engage la responsabilité de l'administrateur, sa faute peut-elle avoir un effet exonératoire ?

En droit commun si la victime « n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable[1] », sa faute peut être prise en considération pour limiter son droit à réparation, dans une proportion appréciée souverainement par les juges du fond[2]. Solution consacrée par l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile qui prévoit, en l'article 1254, que la faute de la victime est « partiellement exonératoire » si elle a contribué au dommage. Or, dans notre hypothèse, le dommage est antérieur à la faute, ce qui exclut selon nous son effet exonératoire, bien que si le revendiquant eut agi avec diligence, il aurait pu éviter la réalisation du dommage.

Donc, l'administrateur judiciaire engagerait sa responsabilité civile alors qu'il participe à la recherche de l'efficacité du droit des procédures collectives. Une telle solution nous paraît contraire à l'équilibre de la politique juridique de ce droit. Il paraît nécessaire, si une telle solution venait à se présenter, de prendre en compte l'attitude antérieure du revendiquant, son manque de diligence, pour, le cas échéant exonérer au moins en partie l'administrateur.

Ces deux exemples pratiques montrent donc la faculté de la responsabilité civile à s'adapter à la procédure collective. Un troisième exemple, démontrera son adaptation théorique.

Paragraphe 2 : L'adaptation par le droit au crédit

Justification de cette étude. *A priori* l'idée qu'une entreprise ou un consommateur pourrait se prévaloir d'un droit au crédit à l'égard d'un établissement de crédit est proprement absurde. Ou bien l'établissement s'est engagé, et la convention conclue doit s'exécuter ; ou bien il est libre de refuser toute avance de fonds, sans même avoir à motiver sa décision ni à la

[1] Cass., civ. 2e 26 mars 2015, cassation n° 14-16.011, *D.* 2015, p. 1475, note F. Gréau et p. 1791, note H. Adida-Canac et p. 2283, note M. Bacache ; *D.* 2016, p. 35, note Ph. Brun.

[2] Cass., civ. 1re 16 avril 2015, rejet n° 14-13.440, *D.* 2015, p. 1137, note D. Mazeaud et P. 2283, note M. Bacache ; *RTD civ.* 2015, p. 628, note P. Jourdain ; *Juris tourisme* 2015, n° 175, p. 14, note X. Delpech ; *RC et assur.* 2015, n° 7-8, comm.200, note H. Groutel ; *CCC* 2015, n° 7, comm.165, note L. Leveneur ; *JCP E* 2105, n° 31-35, p. 1387, note K. Jakouloff.

justifier, en application du principe de la liberté contractuelle[1]. Or, au cours de nos développements précédents, nous sommes arrivés à la conclusion qu'il est à la fois possible pour le prêteur de rompre son concours et de soutenir l'entreprise dans le cadre de la procédure collective. De sorte que le prêteur dispose d'un choix *quasi* discrétionnaire pour soutenir ou rompre le crédit accordé, ce qui compromet l'efficacité du droit des procédures collectives. C'est pourquoi il semble nécessaire de trouver des solutions en amont de l'octroi d'un crédit. Une solution serait d'adapter l'action en responsabilité civile à un droit au crédit. Pour cette étude, nous envisagerons le droit au crédit tel qu'il est (**A**) et tel qu'il devrait être (**B**).

A : Le droit au crédit *de lege lata*

Si le refus de crédit est un droit discrétionnaire, aujourd'hui, pour le prêteur (**1**), force est de constater que l'expression « droit au crédit » est quant à elle, consacrée (**2**). Dès lors, des pistes d'ouverture, s'appuyant sur d'autres références, permettent d'émettre l'hypothèse qu'existerait un droit au crédit (**3**) qui dériverait du préjudice causé par le refus du prêteur de l'octroyer (**4**).

1 : Le droit discrétionnaire pour le prêteur de refuser un crédit

Un droit discrétionnaire. Dans la catégorie des droits discrétionnaires, le droit au crédit tient une place qui est bien assise : il n'existe pas. En matière de crédit, la liberté d'appréciation est totale et la décision est discrétionnaire[2]. Par conséquent, les règles relatives au droit de la consommation, contenues à l'alinéa premier de l'article L. 121-11 de ce code, qui interdisent le fait de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, ne s'appliquent pas aux opérations de banque[3] et donc au refus de crédit.
Le droit pour l'établissement de crédit de refuser un crédit a été consacré[4] par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Rendue au visa des anciens articles 1134 et 1147 du Code

---

[1] J. Stoufflet, « Le droit au crédit ? », *in Mélanges en l'honneur de Anne-Marie Sohm,* LGDJ, Presse Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2005, p. 205.
[2] V., C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, *op. cit.,* n° 562, p. 339.
[3] Cass., civ. 1re 11 octobre 1994, cassation n° 92-13.947, *RTD com.* 1995, p. 453, note M. Cabrillac.
[4] Consécration incidente puisque l'absence de droit au crédit est reconnue dans la liberté discrétionnaire du prêteur dont la décision n'a pas à être motivée.

civil[1], la solution est concise : « il n'entre pas dans la mission du mandataire de financer l'opération pour laquelle il s'entremet et, hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier mandataire est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire[2] ». Cette liberté est un des fondements du droit bancaire.

Trois raisons justifient, selon nous, cette solution. La première est justifiée par le lien entre le crédit et la confiance. La deuxième concerne la privatisation des banques, elle implique la recherche de profit, et exclut de fait l'existence d'un service public du crédit. La dernière est tirée de la combinaison de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui dispose que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » avec l'article 1134 du Code civil selon lequel « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », donc par la liberté contractuelle nul ne peut se voir imposer un contrat. Une reconnaissance limiterait gravement le caractère *intuitu personae* de la relation entre la banque et le client.

Donc, la banque qui refuse un crédit n'a pas à se justifier, mieux, elle ne peut voir sa responsabilité engagée pour refus de crédit.

La confiance : fondement de la relation de crédit. Pour remettre en cause le droit au refus de crédit, il faudrait reconsidérer la problématique sur laquelle il est construit. Or, le crédit aujourd'hui, s'il ne devait avoir qu'un seul fondement ce serait nous l'avons dit la confiance. Ce sont des mécanismes fondamentaux. « La confiance rend l'échange possible et permet de réduire les incertitudes du futur ; le crédit inscrit, lui aussi, les relations sociales dans le temps et la réalisation différée[3] ».

De fait, le crédit irrigue la société tout entière, il ne la cloisonne pas, embrassant tous les groupes sociaux, de sorte que la relation qui tient créanciers, débiteurs, prêteurs et emprunteurs, constitue pour Mme Fontaine un lien social fondamental. D'ailleurs, si le crédit

---

[1] L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a entrainé une recodification. Les dispositions de l'article 1134 sont désormais contenues aux articles 1103 et 1104 du Code civil et celles de l'article 1147 à l'article 1231-1 du même code.

[2] Ass., plén. 9 octobre 2006, cassation n° 06-11.056, *D.* 2006, p. 2933, note D. Houtcieff et p. 2525, note X. Delpech ; *D.* 2007, p. 753, note D.-R. Martin ; *RTD com*. 2007, p. 207, note D. Legeais ; *RTD civ*. 2007, p. 115, note J. Mestre et p. 145 et 148, note P.-Y. Gautier ; *RDI* 2007, p. 408, note H. Heugas-Darraspen ; *JCP G* 2006, n° 43-44, II 10175, note T. Bonneau. *JCP E* 2006, n° 46, p. 2618. Pour une confirmation, v., Cass., com. 10 janvier 2012, cassation n° 10-26.149, précité. Et CA Aix en Provence, Ch. 8. C, 12 décembre 2013, n° 11/12024.

[3] L. Fontaine, *L'économie morale – Pauvreté, crédit et confiance dans l'Europe préindustrielle*, nrf essais, Gallimard, 2008, p. 11.

et la confiance sont des mécanismes fondamentaux, les relations qui gravitent autour du crédit ne sont pas uniquement des relations économiques et sociales, ce sont aussi des relations de valeurs[1].

Des limites sont imposées. Toutefois, il existe certaines limites à cette liberté. Ainsi, la responsabilité du banquier peut être recherchée s'il refuse d'exécuter l'offre qu'il a antérieurement faite. Cette possibilité n'est ouverte que si l'emprunteur apporte la preuve que les conditions de forme particulières du contrat ont été respectées[2]. Par contre sa responsabilité sera engagée, sur le droit commun de la rupture des pourparlers, s'il était « disposé à accompagner » le projet de ses clients « selon des modalités restant à définir » et que « sans motif légitime » il rompt brutalement et unilatéralement les pourparlers, obligeant son client à rechercher dans l'urgence une autre financement. En effet, le prêteur a manqué à la bonne foi qui doit présider dans les relations commerciales[3]. De même le banquier peut être responsable s'il a faussement apprécié l'éligibilité d'une entreprise à un crédit soumis à des garanties particulières[4]. Dans le même sens, une banque qui, après avoir autorisé une augmentation de découvert habituellement autorisé et obtenu d'une gérante un engagement de caution à hauteur de 72.000 euros, revient sur cette décision en rejetant les chèques et en lui notifiant une interdiction bancaire commet « une faute qui a entraîné des difficultés financières[5] ». En effet, le préjudice ici est grave pour la société « qui a perdu la confiance de ses clients » puisqu'en agissant de la sorte, la banque est à l'origine de l'ouverture de la liquidation judiciaire.

2 : La terminologie consacrée

Paradoxalement, **si le droit au crédit n'existe pas, l'expression est consacrée**. Les termes figurent dans la loi, au troisième alinéa du III de l'article L. 511-10, du Code monétaire

---

[1] V., L. Fontaine, *L'économie morale – Pauvreté, crédit et confiance dans l'Europe préindustrielle*, *op. cit.,* p. 12.
[2] Cass., civ. 1re 19 septembre 2007, rejet n° 06-15. 223, *RTD com.* 2007, p. 821.
[3] Cass., com. 8 novembre 2005, cassation n° 04-12.322.
[4] CA Paris, Ch. 15 B, 25 mai 2007, n° 05/22164.
[5] CA Paris, Ch. 5, pôle 6, 10 décembre 2015, n° 14/15218, *BJE* 2016, n°1, p. 42, note J. Lasserre Capdeville.

et financier. Ainsi, suite à l'adoption de la loi du 15 mai 2001[1], qui consacra cette expression, « un doute est né quant au maintien de la liberté absolue du banquier de refuser un crédit[2] ».

C'est un texte relatif à l'agrément bancaire, mais pas que. Selon ses termes, « pour fixer les conditions de l'agrément, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut prendre en compte la spécificité de certains établissements de crédit ou sociétés de financement appartenant au secteur de l'économie sociale et solidaire. Elle apprécie notamment l'intérêt de leur action au regard des missions d'intérêt général relevant de la lutte contre les exclusions ou de la reconnaissance effective d'un droit au crédit ».

La doctrine ne voit pas dans ces termes une obligation pour le prêteur de ne refuser un crédit que pour des motifs sérieux, susceptibles d'être contrôlés par le juge. En effet, cet article traduirait seulement « le souci du législateur d'encourager la constitution d'établissements de crédit à vocation sociale ayant pour vocation particulière de fournir des services financiers et notamment des crédits à des personnes exposées à l'exclusion[3] ». On ne peut raisonnablement qu'acquiescer, la consécration du terme ne généralise pas la consécration du droit.

3 : Les pistes d'ouvertures

Parallèle avec certains principes. Pour que les personnes aient un véritable accès au crédit, on pourrait tenter de se rapprocher des objectifs de lutte contre les exclusions et d'obtention de cet agrément aux établissements.

Or, le droit au crédit cité à l'article susvisé ne prend pas naissance au sein d'un contrat synallagmatique. Cette indépendance ne lui confère donc t-il pas un caractère fondamental, de droit fondamental comme le possède le droit au compte de l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier[4] ou le droit au logement, expressément décrit comme tel par l'alinéa 1er de l'article 1 de la loi du 6 juillet 1989[5] ? M. Bonneau le pense puisqu'il « constitue un élément de référence dont le domaine pourrait ne pas se limiter à l'agrément bancaire pour concerner également la relation de clientèle[6] » d'autant plus que comme « l'agrément est la

---

[1] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

[2] C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, *op. cit.,* n° 562, p. 340.

[3] C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, *op. cit.,* n° 562, p. 340 ; J. Stoufflet, « Le droit au crédit ? », *in Mélanges en l'honneur de Anne-Marie Sohm,* LGDJ, Presse Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2005, p. 209.

[4] L'article L. 312-1 du Code monétaire et financier dispose que « toute personne physique ou morale domiciliée en France, dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix ».

[5] Cet article dispose expressément que « Le droit au logement est un droit fondamental ».

[6] T. Bonneau, « Du droit au crédit », *RD banc., et fin*., 2002, Alertes n°1, p. 3.

condition d'accès à la profession bancaire, la potentialité de voir le droit au crédit reconnu dans le cadre de l'exercice de la profession n'est pas une élucubration fantaisiste[1] ».

Parallèle avec certaines délibérations. En outre, on peut considérer qu'un premier pas à déjà été franchi dans la reconnaissance d'un droit au crédit, par la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité qui, dans ses délibérations, s'est appuyé sur les dispositions d'ordre public du Code pénal[2] qui prohibent la discrimination lorsqu'elle consiste pour le banquier à refuser ou à subordonner la fourniture d'un service[3] à une condition fondée sur l'origine[4] ; et « ne prévoit pas d'exception à cette interdiction en matière de crédit[5] ».
Peut-être ces conditions préfigurent-elles une reconnaissance particulière ?

Nécessité de transformer cette relation. Derrière la manière d'envisager le crédit, se trouve un filigrane à la fois visible et invisible : le Pouvoir. L'état est omniprésent, notamment pour encadrer les pratiques économiques au quotidien, faisant alors du crédit, au même titre que la procédure collective, un instrument de politique économique[6]. Or, si la responsabilité civile est un outil de la politique juridique de la procédure collective, pourquoi ne peut-elle pas en être un pour encadrer un éventuel droit au crédit ? D'autant plus que le crédit et la procédure collective sont liés, la disparition de l'un amenant souvent à l'ouverture de l'autre.
En conséquence, comme la responsabilité civile est un outil de défense de l'efficacité du droit des procédures collectives, la méconnaissance du droit au crédit devrait selon nous relever de la responsabilité civile pour s'ancrer au sein de cette politique juridique et finalement optimiser son efficacité.

---

[1] T. Bonneau, « Du droit au crédit », *RD banc., et fin.*, 2002, Alertes n°1, p. 4.
[2] En particulier sur les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal
[3] La notion de fourniture de biens ou de services est entendue largement et recouvre la totalité des activités économiques, les termes « biens et services » devant être compris comme visant « toutes les choses susceptibles d'être l'objet d'un droit et qui représentent une valeur pécuniaire ou un avantage ». V., CA Paris, 21 novembre 1974, *D.* 1975, p. 471, note C.-I. Foulon-Pignaniol et CA Paris, 8 juin 2010, n° 08/08286.
[4] Délibération n° 2010-296 du 13 décembre 2010 par laquelle la haute autorité a souligné que « Se prévalant de la liberté des établissements de crédit de refuser un crédit, le mis en cause n'a communiqué à la haute autorité aucun élément quant aux motifs du refus (…)En conséquence, l'absence de justification au refus du prêt et de la caution, ainsi que les déclarations de l'établissement de crédit concernant son appréciation du risque de non recouvrement à raison du domicile de la caution, laissent présumer une discrimination ».
[5] Délibération n° 2010 -193 du 27 septembre 2010.
[6] V., *infra* « La politique économique et les procédures collectives ».

Ainsi donc, pour lutter contre les faillites l'appareil judiciaire et institutionnel ne suffit pas. Il faut transformer la relation des gens à la dette.

4 : Le refus de crédit cause d'un préjudice à l'emprunteur

Le non respect de l'engagement cause un préjudice. Un arrêt rendu par la cour d'appel de Reims en 2007[1], est significatif et « pourrait être de nature à remettre en cause[2] » l'analyse qui refuse de voir consacrer un droit au crédit. En l'espèce, le prêteur avait accordé des prêts professionnels à deux époux afin d'étendre leur activité commerciale par l'achat de matériel. Les deux époux avaient décidé d'acquérir des locaux d'exploitation via une société civile immobilière. Or, au dernier moment celui-ci exigea une hypothèque sur leur résidence principale, en plus du privilège du prêteur de deniers sur le bien financé. Les époux ont refusé cette double garantie, ce qui a entraîné le refus de crédit, dont la conséquence fut l'impossibilité de rechercher un autre partenaire financier. Le liquidateur qui assigna la banque en responsabilité contractuelle, le fit sur plusieurs fondements, dont le refus fautif de crédit qui fit perdre une chance de voir prospérer leur activité et de pouvoir régler le passif exigible avec un actif disponible suffisant. La Cour d'appel confirme le jugement et donne satisfaction au liquidateur, reconnaissant par là le caractère fautif et déloyal du comportement du banquier.

En outre, il n'est pas douteux à la vue de nos développements précédents, que la rupture d'un concours bancaire soit susceptible de causer l'ouverture d'une procédure collective si un lien de causalité est établi entre cette rupture et la cessation des paiements. Il ne paraît donc pas incohérent de considérer que le refus d'octroyer un concours soit fautif s'il cause l'ouverture d'une procédure collective. Certes, on pourrait rétorquer qu'il est toujours possible pour l'emprunteur de rechercher un financement auprès d'un autre organisme prêteur, mais cette possibilité n'est pas une cause d'exonération pour le banquier si cette recherche, effectuée dans l'urgence, n'aboutit pas[3].

De plus, l'impossibilité de trouver une solution nouvelle, rapidement, peut donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement du préjudice moral[4].

---

[1] CA Reims, Ch. civ, 5 mars 2007, n° 05/01692, *RTD com.* 2007, p. 820, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, comm.92, note A. Martin-Serf.

[2] D. Legeais, « Non respect de l'engagement d'accorder un crédit », *RTD com.* 2007, p. 820, note sous CA Reims, Ch. civ, 5 mars 2007, n° 05/01692, précité.

[3] Cass., com. 8 novembre 2005, cassation n° 04-12.322, précité

[4] V., CA Rennes, Ch. 4, 12 mai 2011, n° 08/07580 (pour un financement) ; CA Douai, Ch. 1, Sect. 1, 27 mai 2013, n° 12/06148 (pour une acquisition immobilière).

Toutefois, notons que si l'emprunteur retrouve un financement, même à des conditions moins avantageuses, il n'y a pas lieu à réparation[1].

De lege lata, les solutions paraissent tendre vers la reconnaissance d'un droit au crédit.

B : Le droit au crédit *de lege ferenda*

Dépendance de l'économie au crédit. La crise dite « des subprimes », en 2008, nous a montré combien l'économie était dépendante du crédit[2]. Puisque nous sommes tous dépendant du crédit, c'est lorsqu'il vient à manquer que les difficultés apparaissent. Il est indispensable, vital même, au maintien de l'activité de l'entreprise. Il possède non seulement un rôle social, mais aussi économique ; il régule la confiance tout en ayant une dangerosité intrinsèque par les risques qu'il peut faire encourir aux particuliers ou aux entreprises. Tous ces éléments nous orientent vers la reconnaissance d'un droit au crédit. Si l'accès au crédit est aujourd'hui facilité[3], un droit au crédit ne manque plus qu'à émerger.

L'intervention du médiateur du crédit implique la méconnaissance d'un droit. L'État a créé, en 2008 la médiation du crédit aux entreprises. Il s'agit d'un dispositif gratuit et confidentiel pour aider les entreprises qui rencontrent des difficultés de financement. L'accord de place le constituant a été renouvelé en avril 2015, dans un contexte marqué par la persistance de difficultés notamment sur l'accès des très petites entreprises au financement court terme[4]. La mission de la médiation demeure donc nécessaire, c'est pourquoi, selon le texte, il convient de s'assurer de la capacité des financeurs à accompagner les entreprises dans leurs projets[5]. Ce personnage[6], s'il ne dispose pas de pouvoir coercitif peut préfigurer un recours au juge. En effet, selon M. Legeais, « les établissements de crédit doivent ainsi être en

---

[1] CA Dijon, Ch. civ. 5 avril 2007, n° 06/00901.

[2] V., A. Martin-Serf, « La crise financière : aspects juridiques », *RJ com.*, mai-juin 2009, n° 3, p. 174 et J. Vallansan, « Les sanctions influencées par la crise économique », *BJE* 2012, n° 5, p. 319.

[3] V., D. Legeais, « Sur le droit au crédit », *RJ com.*, novembre/décembre 2008, n°6, p. 429. L'auteur évoque la contribution de différentes mesures ayant contribué à rendre cet accès facile. Citons l'assouplissement de la législation sur l'usure, le développement des microcrédits, la favorisation du crédit aux personnes comportant un risque médical, la pratique du compte courant, le droit au découvert, la création de l'hypothèque rechargeable, ou encore l'octroi des crédits à taux zéro.

[4] Rapport d'activité 2015 de la médiation du crédit aux entreprises, *JCP E* 2016, n° 12, actualité 250.

[5] Communiqué de presse du 28 avril 2015, n° 299-582 de MM. Macron et Sapin relatif au *Renouvellement de l'accord de place sur la médiation du crédit*

[6] V., http://www.economie.gouv.fr/mediateurcredit site consulté le 25 août 2016.

mesure de se justifier ce qui peut éventuellement permettre un contrôle de motivation de la décision. Des emprunteurs qui se sont vus refuser un crédit, des vendeurs de biens qui n'ont pu vendre compte tenu du refus de crédit opposé à leur acquéreur potentiel pourraient ainsi être tentés de rechercher la responsabilité de la banque[1] ». Or, si ce médiateur intervient c'est, toujours selon M. Legeais « qu'un droit a été méconnu. Le droit au crédit est ainsi implicitement mais nécessairement consacré[2] ».

S'il semble consacré, il faut reconnaître que le mettre en pratique soulève de nombreuses difficultés. Nous pouvons néanmoins tenter d'en dresser un squelette (**1**).

1 : Éléments juridiques pour une construction

L'établissement de crédit qui refuse l'octroi d'un crédit devrait motiver sa décision, qui, pourrait être contrôlée. Pour ce faire, il faudrait instituer une autorité de contrôle du crédit dont la mission serait de contrôler les causes de refus. Ces causes doivent être strictement appréciées. Cette autorité pourrait être saisie à la demande de l'emprunteur, par le médiateur ou par l'établissement de crédit. Dans l'hypothèse où un accord n'a pas pu être trouvé entre les parties, cette autorité pourrait prendre une forme arbitrale, composée de représentant des dirigeants de petites ou moyennes entreprises et d'entreprises de taille intermédiaire ainsi que des professionnels du crédit aux entreprises.

Devant ce conseil arbitral du crédit, lorsque la demande émane de l'emprunteur, il pourra s'agir soit d'un dirigeant ou de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Le préjudice pourrait consister en un préjudice matériel telle la perte de chance de ne pas contracter, la non-réalisation de l'opération envisagée, ou encore l'ouverture d'une procédure collective. Auquel pourrait s'ajouter un préjudice moral si l'emprunteur se trouve dans l'impossibilité de retrouver une solution rapidement. Il est nécessaire d'établir également un lien entre le refus fautif et ce préjudice, lien qui ne devrait toutefois pas permettre de prendre en compte tous les faits, mais seulement celui propre à le produire[3].

En outre, parmi les causes de refus de l'établissement bancaire, il pourrait s'agir de l'ouverture d'une procédure collective, si l'entreprise fait l'objet d'un fichage auprès de la banque de France, si une mesure conservatoire a été prise contre l'entreprise, si le dirigeant a

---

[1] D. Legeais, « Droit au crédit. Portée des engagements souscrits par les banques pour remédier à la crise du crédit. Rôle du médiateur. De l'existence d'un droit au crédit », *RTD com.* 2009, p. 186.

[2] D. Legeais, « Sur le droit au crédit », *RJ com.*, novembre/décembre 2008, n°6, p. 430.

[3] Sur la causalité adéquate, v., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 235 et s., p. 158 et s.

agi dans un intérêt contraire à celui de l'entreprise, si la notation interne attribuée par l'établissement de crédit ne permet pas raisonnablement un tel octroi[1], etc.

Or, on peut imaginer que ces cas de refus puissent se cumuler, et dans l'hypothèse où la cessation des paiements est déclarée et qu'il s'avère que le dirigeant a agi dans un intérêt contraire à celui de l'entreprise, le mandataire, l'administrateur ou le liquidateur voire les contrôleurs le cas échéant, si l'établissement de crédit détient une créance auprès de l'entreprise, pourraient rechercher sa responsabilité soit sur le fondement de la contribution à la cessation des paiements, soit sur celui de la contribution à l'insuffisance d'actif. Il est possible d'imaginer également une action *ut singuli* exercée par la banque en réparation de son préjudice personnel.

En outre, la relation ne devrait plus être fondée sur l'idée de confiance[2], faisant perdre au crédit son caractère *intuitu personae*. Or, ce caractère semble déjà quelque peut érodé vue la possibilité *quasi* discrétionnaire laissée au banquier de soutenir ou rompre le crédit.

Il resterait alors à déterminer, ce qui serait selon nous la partie la plus importante, l'accord sur le risque et sur le taux.

L'action en responsabilité civile s'adapte donc à la procédure collective. Cette adaptation concerne aussi la reconnaissance de responsabilité.

Section 2 : L'adaptation de la reconnaissance de responsabilité

Le dirigeant qui n'a pas agi dans l'intérêt de l'entreprise est responsable. Il est un lieu commun de dire que si le dirigeant n'agit pas dans l'intérêt de son entreprise il peut être déclaré responsable, *a fortiori* lorsque sa faute contribue à l'insuffisance d'actif. Voici un

[1] À ce propos, la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, a créé l'article L. 313-12-1 du Code monétaire et financier. Selon ce texte : « les établissements de crédit ou les sociétés de financement fournissent aux entreprises qui sollicitent un prêt ou bénéficient d'un prêt leur notation et une explication sur les éléments ayant conduit aux décisions de notation les concernant, lorsqu'elles en font la demande. Ces explications ou éléments ne peuvent pas être demandés par un tiers, ni lui être communiqués ». On pourrait imaginer, avec M. Mathey, que si le crédit n'a pas été octroyé en raison d'une notation défavorable du client, le banquier pourrait être obligé de le lui octroyer s'il s'avère que la notation est contestable. Cette loi constitue, indirectement, une étape « vers une forme de droit au crédit » : N. Mathey, « Vers une remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ? », *JCP E* 2010, n° 23, p. 1550.

[2] À ce propos, comme l'écrit Balzac, tout crédit n'implique-t-il pas un mensonge ? V., H. De Balzac, *Le faiseur*, Flammarion, Acte I, scène 6, p. 48.

dirigeant poursuivi en responsabilité pour faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Les fautes reprochées ont consisté en la tenue irrégulière de la comptabilité ainsi qu'en des variations importantes de son compte courant. Dès lors qu'elles ont « privé l'entreprise d'un outil de gestion qui aurait permis à son dirigeant de connaître son absence de rentabilité et la nécessité de procéder à la déclaration de la cessation des paiements afin d'éviter une poursuite d'activité préjudiciable aux créanciers[1] », ces fautes sont en lien direct avec l'insuffisance d'actif. Finalement, ce que reproche les juges au dirigeant c'est de ne pas avoir agi afin d'éviter l'ouverture d'une procédure collective, dans la mesure où la poursuite de l'activité dans ces conditions est préjudiciable pour les créanciers. Ce qui tend bien à prouver que l'ouverture d'une procédure collective n'est pas dans l'intérêt de l'entreprise et qu'elle est donc susceptible de causer *per se* un dommage. De même, le dirigeant qui connaît parfaitement la situation de sa société, et qui n'agit pas dans l'intérêt de l'entreprise en mettant en œuvre, en temps utile, des mesures de restructuration pourrait être amené à combler l'insuffisance d'actif[2].

Toutefois, il est des hypothèses dans lesquelles le dirigeant, bien que tenu à une obligation de moyens, invoquera des causes d'exonération de sa responsabilité (**Paragraphe 1**). Ces causes, nous le verrons, ne remettent pas en question la politique juridique de la procédure collective. Elles peuvent lui être internes. Le dirigeant pourrait aussi invoquer un fait justificatif (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les causes d'exonération invoquées par le dirigeant

S'il est des causes invoquées par le dirigeant qui ne sont pas retenues en jurisprudence (**A**), nous avons pu relever deux causes d'exonération partielle du dirigeant tirées de la vulnérabilité du dirigeant (**B**) et de son inexpérience (**C**). Il est aussi une cause d'exonération totale du dirigeant, relative à l'intérêt de l'entreprise (**D**).

[1] Cass., com. 22 juin 2010, rejet n° 09-14.214, *Dr. sociétés* 2012, n° 12, comm.233, note J.-P. Legros.

[2] Cass., com. 11 octobre 2011, cassation n° 10-20.423, précité. Tel n'est pas le cas en l'espèce, faute de précision sur l'actif disponible, v., *supra* « Le contentieux matériel : l'absence de précision quant à l'actif disponible ».

A : Causes non retenues en jurisprudence

L'assistanat dans la gestion. Le fait que le dirigeant soit assisté dans sa gestion par un mandataire *ad hoc* ne lui permet pas de se décharger de sa responsabilité lorsqu'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif est intentée contre lui. Telle est la solution apportée par un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 mai 2016[1].

Le manque de perspective. Le dirigeant ne peut pas se retrancher derrière la volonté de sauver des emplois pour justifier son retard de la déclaration de cessation des paiements, sauf à ce qu'il y ait une perspective de redressement de l'entreprise[2].

B : Le dirigeant vulnérable est partiellement responsable

Le dirigeant subissant un trouble psychique. Le droit positif considère que la pleine capacité n'est pas une condition pour exercer un mandat social[3]. Cela peut donc s'avérer dangereux pour la société ainsi que pour le dirigeant lui-même puisque l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle, voire de sauvegarde de justice ne constitue pas, en principe, une cause d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité. Donc, à défaut de révocation par les organes compétents, le dirigeant vulnérable « engagera sa responsabilité civile, tout comme n'importe quel autre dirigeant[4] ». En application de l'article 414-3 du Code civil, les juges devraient caractériser de manière purement objective l'existence d'une faute de gestion. En effet, le dirigeant n'agit pas dans l'intérêt de la société, il doit être responsable. Toutefois, si de telles solutions ont pu être retenues[5], qui s'accordent avec la politique juridique de la procédure collective, il semblerait qu'en vertu de leur pouvoir d'appréciation, les juges soient enclins, non pas à exonérer le dirigeant vulnérable, mais à prendre en considération son handicap pour fixer le *quantum* de la réparation. Ainsi, un dirigeant dont il est attesté qu'il souffre de troubles psychiques graves « interférant à certaines périodes dans la gestion de ses

---

[1] Cass., com. 18 mai 2016, rejet n° 14-16.895, *Dr. sociétés* 2016, n° 8 et 9, comm.151, note J.-P. Legros ; *Bull. Joly* 2016, n° 10, p. 65, note E. Mouial-Bassilana.
[2] Cass., com. 18 mai 2016, rejet n° 14-15. 849, *Act. proc. coll.* 2016, n° 11, alerte 153.
[3] Toutefois, pour les commerçants placés sous le régime de la tutelle, l'exercice de la profession commerciale est impossible. V., D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.,* n° 67, p. 32.
[4] G. Mouy et C. Robbe, « Mesures de protection et dirigeant de société », *Gaz. Pal.* 2013, n° 276, p. 9.
[5] Cass., civ 1re 9 novembre 1983, rejet, *D.* 1984, p. 139, note F. Derrida et Cass., com. 17 juin 1986, rejet n° 84-17.668.

affaires », est poursuivi sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce. Les fautes de gestion qui lui sont reprochées sont relativement graves : absence de déclaration de la cessation des paiements, défaut de tenue de comptabilité, poursuite d'une activité déficitaire sur quatre années. La Cour d'appel confirme d'ailleurs sa responsabilité dans l'insuffisance d'actif[1]. Néanmoins, selon cette dernière, pour l'appréciation du *quantum* de la contribution à l'insuffisance d'actif, il y a lieu de prendre en considération son état de santé psychique et sa situation financière actuelle, de telle sorte que le montant de la contribution à l'insuffisance d'actif sera réduit de 100.000 à 40.000 euros. Finalement, il semble que l'état de vulnérabilité du dirigeant puisse être considéré comme une cause d'exonération partielle dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

C : Le dirigeant inexpérimenté est partiellement responsable

L'amateurisme. Dans le même ordre d'idée que la solution précédente, le dirigeant a vu sa contribution divisée par dix par les juges d'appel. Or, il ne s'agissait pas d'incapacité, mais d'inexpérience. En effet, dans un premier temps, à la vue des nombreuses fautes de gestion, (poursuite d'une activité déficitaire au travers de moyens frauduleux, engagement de la société dans des dépenses excessives, opération de cavalerie, etc.), les juges consulaires ont caractérisé le lien avec l'insuffisance d'actif et condamnèrent le dirigeant à verser à la société 300.000 euros. Le dirigeant interjette appel, et le jugement est confirmé en ce qu'il a à juste titre condamné le dirigeant à combler l'insuffisance d'actif. Toutefois rappelle la Cour, la contribution doit être fixée à proportion de la gravité des fautes commises. Ce faisant, les juges prennent en considération le fait que le dirigeant venait de terminer ses études, qu'il n'avait que 23 ans au moment de la création de la société, pour en déduire son inexpérience et réduire la condamnation de 300.000 à 30.000 euros.

D : Les mesures anticipatives prises par le dirigeant peuvent l'exonérer totalement

Le dirigeant qui agi dans l'intérêt de l'entreprise peut ne pas être responsable. Le dirigeant, poursuivi en responsabilité pour insuffisance d'actif, qui a fourni des efforts pour éviter, sans succès, que sa situation ne périclite pourra ne pas être responsable.

[1] CA Versailles, Ch. 13, 13 septembre 2012, n° 12/01259, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 6, comm.170, note A. Martin-Serf.

Dans une espèce, le liquidateur reproche au dirigeant, divers comportements qu'il qualifie de faute de gestion ; dont la poursuite d'une activité chroniquement déficitaire et le fait d'avoir conclu avec un tiers un marché trop important par rapport aux capacités de la société. La Cour d'appel le déboute et la Cour de cassation rejette le pourvoi en s'appuyant sur l'effet exonératoire du comportement du dirigeant. En effet, selon l'expert désigné judiciairement pour rechercher les causes des difficultés de la société, il n'est pas constaté de carence manifeste dans la tenue et l'exploitation d'outils de gestion. Au contraire. Par une appréciation *in concreto* la Haute juridiction relève que le dirigeant avait effectué des démarches importantes pour rétablir la situation de son entreprise avant de déposer le bilan lorsqu'il avait constaté l'état de cessation des paiements de celle-ci. Elle en conclut « à l'égard de la seule faute de gestion retenue, que le gérant 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 paiements[1] ». Ainsi donc, si les juges ont un pouvoir important s'agissant du montant de la condamnation, en vertu de ce pouvoir, ils peuvent absoudre le dirigeant[2].

Dans le même ordre d'idée, dans le cadre d'un financement par effet de levier, les efforts des dirigeants de la société *holding* et de la société cible pour tenter d'éviter une aggravation de la situation sont en mesure de les exonérer de la responsabilité qui pèsent sur eux pour insuffisance d'actif. En effet, pour la Cour de cassation, « les dirigeants ont, à plusieurs reprises, fait appel à des conseils extérieurs pour dégager des solutions et ont pris des initiatives (…) ayant permis de faire progresser le chiffre d'affaires[3] », de sorte que ces éléments de pur fait suffisent à exonérer les dirigeants des fautes qu'ils ont pu commettre. Donc, en dépit pour les dirigeants de ne pas voir pris de mesures de restructuration

---

[1] Cass., com. 12 mars 2013, rejet n° 11-26.135, *Dr sociétés* 2013, n° 10, comm.164, note J.-P. Legros ; *LEDEN* 2013, n° 4, p. 6, note T. Favario. Quelques mois plus tard, la cour d'appel de Grenoble rendit un arrêt (CA Grenoble, Ch., com. 20 juin 2013, n° 10/03483, précité) à propos duquel le dirigeant était également poursuivi en comblement de l'insuffisance d'actif. Or, la Cour considéra que si un apport de fonds personnels n'est pas susceptible d'exonérer de toute responsabilité le dirigeant, ces apports peuvent être pris en compte pour réduire la condamnation pécuniaire. Il ne faut pas y voir un durcissement de la solution rendue par la Cour de cassation. Les juges appréciant souverainement les faits, il semble ressortir que plus les indices révèlent une convergence vers l'intérêt de l'entreprise, plus le juge sera enclin à exonérer le dirigeant de sa responsabilité.

[2] T. Favario, « L'absolution par le juge d'une faute de gestion », *LEDEN* 2013, n° 4, p. 6, note sous Cass., com. 12 mars 2013, rejet n° 11-26.135, précité.

[3] Cass., com. 16 décembre 2014, rejet n° 13-25.028, *Rev. sociétés* 2015, p. 391, note D. Poracchia.

indispensable au redressement de la société, ni de mesures de réorganisation, d'avoir poursuivi une activité déficitaire, d'avoir commis des erreurs comptables, et d'avoir omis de déclarer la cessation des paiements dans le délai légal, le pourvoi formé par le liquidateur est rejeté.

Il est donc possible pour le dirigeant d'invoquer des causes d'exonération qui impacteront l'étendue de la réparation. Mais il ne semble pas que les solutions soient identiques pour un fait susceptible de justifier son action.

Paragraphe 2 : Les faits justificatifs invoqués par le dirigeant

Après avoir envisagé rapidement les faits justificatifs tels qu'ils sont envisagés par le droit civil (**A**), nous verrons qu'ils possèdent une application restreinte en droit des affaires (**B**). Nous poserons alors la question de savoir s'ils peuvent être applicables au droit des procédures collectives (**C**).

A : Le droit commun des faits justificatifs

Les faits justificatifs, semblent davantage familiers aux pénalistes qui les considèrent comme des causes d'irresponsabilité. Pourtant, ils s'appliquent également en droit de la responsabilité civile, avec sensiblement le même régime.

L'ordre ou permission de la loi. L'article 122-4, alinéa 1er du Code pénal dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ». L'auteur d'une faute pourra se justifier s'il prouve s'être conformé à un ordre explicité du législateur, car « cette preuve supprime alors radicalement le caractère illicite de son acte ou de son abstention[1] ». À l'acte prescrit, il faut ajouté celui qui est autorisé[2]. En outre, ces faits ne dispensent pas l'auteur de respecter l'obligation générale de prudence et de diligence.

L'état de nécessité. Situé à l'article 122-7 du Code pénal, l'état de nécessité exonère de sa responsabilité « la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-

[1] G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 558-1, p. 648.
[2] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 337, p. 224.

même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». Cet état justifie le droit de nuire à autrui parce que tout homme raisonnable, placé dans cette situation, eût agi de la même façon[1]. L'état de nécessité implique que soient réunies certaines conditions[2], tel un danger actuel ou imminent qui menace une personne ou un bien, il faut en outre que l'acte soit nécessaire pour parer au danger. L'acte doit être le seul moyen, ou le meilleur moyen d'éviter un mal plus grand. Si l'auteur de l'acte avait la possibilité de déjouer le péril par un acte licite, il doit choisir celui-ci. Il n'y a pas de justification lorsqu'on utilise un moyen illégal. Enfin, il faut que l'acte dommageable présente une utilité sociale. En d'autres termes, l'intérêt sacrifié doit être d'une intensité inférieure par rapport à l'intérêt sauvegardé.

La légitime défense. Le Code pénal prévoit deux hypothèses de légitime défense, celle commune visée à l'article 122-5 et l'hypothèse spéciale de l'article 122-6 qui institue une présomption de légitime défense. Si l'agression doit être actuelle et injustifiée, la réponse doit être proportionnelle, nécessaire, et exercée « dans le même temps ». La légitime défense des biens est admise, qui vise à interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit et pour laquelle la réponse ne doit pas consister en un meurtre.

Le consentement de la victime. L'acceptation des risques par la victime procède de l'idée « qu'en certaines circonstances la victime, en se livrant, en connaissance de cause à une activité génératrice de risques particuliers, doit pouvoir être considéré comme ayant accepté les risques inhérents à cette activité[3] ». Donc, l'acceptation des risques est de nature à modifier l'appréciation de la faute de l'auteur du dommage ; pratiquement elle aura pour effet de « légitimer des comportements dommageables, qui, à défaut, seraient jugés fautifs[4] ».

Les faits justificatifs en droit prospectif. L'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile prévoit des causes d'exonération et d'exclusion de la responsabilité. Classiquement, le cas fortuit, le fait du tiers ou de la victime sont susceptibles d'exonérer

[1] Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, Dalloz Action, 2014/2015, n° 1973, p. 796.
[2] G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 568 et s., p. 665 et s.
[3] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 343, p. 227.
[4] G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 573-1, p. 675.

l'auteur[1]. En outre, le manquement de la victime à ses obligations contractuelles est partiellement exonératoire[2]. Parmi les causes d'exclusion, cet avant projet consacre les solutions ici évoquées : « le fait dommageable ne donne pas lieu à responsabilité pour faute lorsqu'il était prescrit par des dispositions législatives ou réglementaires, imposé par l'autorité légitime ou commandé par la nécessité de la légitime défense ou de la sauvegarde d'un intérêt supérieur.
Ne donne pas non plus lieu à responsabilité le fait dommageable portant atteinte à un droit ou à un intérêt dont la victime pouvait disposer, si celle-ci y a consenti[3] ».

B : Une application restreinte au droit des affaires

Le fait justificatif de groupe pour l'infraction d'abus de biens sociaux. Le droit des sociétés *in bonis* a vu émerger un fait justificatif de groupe de sociétés à l'occasion de l'arrêt *Rozenblum* rendu par la chambre criminelle en 1986[4]. Est donc justifié un acte susceptible de constituer un abus de biens sociaux dans un groupe de société. En effet, selon les termes de l'arrêt : « pour échapper aux prévisions des articles 425-4° et 437-3° de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre société d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démuni de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge ». Si cette jurisprudence s'applique lorsqu'est ouverte une procédure collective lorsque les dirigeants sont poursuivis pour abus de biens sociaux[5], elle ne nous concerne pas directement ici.

[1] Article 1253 de l'avant projet portant réforme du droit de la responsabilité civile.
[2] Article 1254 de l'avant projet portant réforme du droit de la responsabilité civile.
[3] Article 1257 de l'avant projet portant réforme du droit de la responsabilité civile.
[4] Cass., crim. 4 février 1985, rejet n° 84-91.581, *JCP* 1986, II, 20585, note W. Jeandidier ; *Gaz. Pal*. 1985, I, p. 377, note J.-P. Marchi ; *Rev. sociétés* 1985, p. 655, note B. Bouloc ; *D.* 1985, II, note D. Ohl ; *RTD com*. 1985, p. 828, obs. P. Bouzat et Ch. Le Gunehec.
[5] Cass., crim. 27 novembre 2013, rejet n° 12-84.804, *D.* 2014, p. 1564, note C. Mascala ; *Rev. sociétés* 2014, p. 186, note B. Bouloc ; *RTD com.* 2014, p. 203, note B. Bouloc ; *D. pénal* 2016, n° 6, comm.98, note J.-H. Robert.

Le rejet de la légitime défense en droit de la concurrence. Le recours à la légitime défense en droit de la concurrence est rejeté, que ce soit par la Cour de cassation[1], pour laquelle « dès lors que la validité d'un contrat de concession n'est pas contestée, les pratiques anticoncurrentielles commises par le concédant ne dispensent pas les tiers de respecter le contrat. Le comportement anti concurrentiel du concédant a pour seule conséquence de diminuer l'indemnisation de son préjudice résultant de la violation par un tiers de l'exclusivité résultant de la concession ». Ou de manière beaucoup plus explicite par le conseil de la concurrence[2] : « qu'en tout état de cause, même si le caractère illicite des agissements d'Optical Center était établi, il ne saurait rendre légitime les pratiques anti-concurrentielles mises en œuvre, en réaction, par les opticiens lyonnais ; qu'en aucun cas, il ne saurait être admis que des entreprises se fassent justice elles mêmes au nom d'un prétendu « droit de légitime défense économique » ».

Peut-on appliquer ces hypothèses au droit des procédures collectives ?

C : L'application théorique des faits justificatifs en droit des procédures collectives

Le rejet des clauses limitatives de responsabilité en droit des procédures collectives. Les responsabilités délictuelles de la procédure collective étant d'ordre public, elles ne peuvent être écartées ou limitées par une clause d'exonération[3]. Cette solution est conforme au droit commun[4]. Or, « lorsque la loi impose une obligation ou un devoir impératif, il n'en résulte pas du tout que la responsabilité civile, qui sanctionne la violation de cette obligation, soit impérative[5] », de sorte que l'on peut se demander quel est le caractère par exemple de l'article L. 651-2 du Code de commerce. La lecture de cet article peut nous faire douter de son caractère impératif. Il n'oblige nullement, il donne seulement la possibilité. Donc, *a priori* le motif tiré du texte écarte son caractère d'ordre public. Qu'en est-il du motif d'ordre public ? Imaginons un dirigeant qui conclut avec ses créanciers une convention de non-responsabilité, en cas d'ouverture de la liquidation judicaire, pour les dommages que

---

[1] Cass., com. 23 octobre 2001, rejet n° 99-12.623, *CCC* 2002, n° 1, comm.9, note M. Malaurie-Vignal.
[2] Décision n° 02-D-36 du14 juin 2002.
[3] V., M.-J. Campana, « La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire », *RJ com.* 1994, p. 136 et *LPA* 20 avril 1994 n° 47, p. 13.
[4] Cass., civ. 2e 17 décembre 1998, rejet n° 97-10.736.
[5] H. et L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, second volume, LGDJ, n° 2571, p. 102.

pourraient leur causer ses fautes de gestion, en échange d'une indemnisation forfaitaire. Si la question ne s'est jamais posée, à notre connaissance, en jurisprudence, de prime abord une telle convention ne paraît pas contraire à l'ordre public. Pourtant, une telle convention ne peut, selon nous, prospérer pour deux raisons. La première est relative au caractère d'ordre public de la procédure collective, support de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. La politique juridique de la procédure collective impose que tous les moyens soient mis en œuvre pour rechercher son efficacité, dont la protection du gage commun des créanciers. Or, une telle convention qui rendrait cette protection inefficace, est contraire à la politique juridique. La seconde raison tient plus particulièrement à la notion de faute de gestion. Nous avons déterminé qu'elle consistait en une agrégation de faits qui lui donnait une nature particulière qui semble l'affranchir de la faute simple. Or, en droit commun la faute intentionnelle et la faute lourde ne peuvent faire l'objet d'une convention de non-responsabilité[1]. Peut-être alors faut-il voir dans l'exclusion d'une telle convention en droit des procédures collectives, l'admission implicite de la faute de gestion comme une faute autre qu'une faute simple. Toutefois, notons que l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile pour le moment admet par principe la validité des clauses dont l'objet est d'exclure ou de limiter la responsabilité en matière extracontractuelle[2]. Mais, cette hypothèse ne sera effective uniquement dans les régimes de responsabilité sans faute, et à charge pour celui qui l'invoque de prouver que la victime l'avait accepté de manière non équivoque[3].

Le rejet des faits justificatifs comme moyen de défense devant les juges du fond. À notre connaissance, la Cour de cassation n'a jamais eu à se prononcer sur la possibilité de retenir ou non un fait justificatif dans le cadre d'une procédure collective. Les juges du fond en ont eu l'occasion, et ne l'ont jamais retenu, ce qui n'exclut donc pas *de facto* la possibilité d'invoquer un tel fait. Ainsi, nous avons pu relever que « la défaillance de la débitrice dans l'exécution de ses engagements est dès lors avérée. Les raisons invoquées, tenant aux difficultés rencontrées par un cocontractant, outre qu'elles ne sont pas établies, n'ont pas, en toute hypothèse, valeur de fait justificatif[4] ». De même, « l'impossibilité de régler le cabinet d'expertise comptable n'est pas un fait justificatif de la non production d'une comptabilité

[1] V., H. et L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, second volume, LGDJ, n° 2574, p. 105.
[2] V., l'article 1281 de l'avant-projet de loi.
[3] V., l'article 1282, alinéa 2 de l'avant-projet de loi.
[4] CA Bastia, Ch. civ. B, 27 mars 2013, n° 12/00151.

complète et régulière[1] » ou encore, « que le fait pour l'intéressé de ne pas recouvrer une créance constituait une faute comme le fait de ne pas avoir tenu de comptabilité et le fait d'avoir constituer un important passif en 18 mois d'activité ; que le fait d'avoir abandonné l'exercice de ses fonctions à un dirigeant de fait, fait qui n'était du reste pas démontré loin d'être un fait justificatif, était bien au contraire une faute[2] ».
Dans leur pouvoir souverain d'appréciation, les juges du fond semblent donc réticents à retenir un véritable fait justificatif.

La possible admission d'un fait justificatif tiré de la procédure collective. Selon nous c'est la procédure collective elle-même qui pourrait faire office de fait justificatif puisque d'une part si une procédure de prévention est engagée, le président du tribunal peut obtenir des renseignements de la part du commissaire aux comptes[3]. D'autre part, en vertu des articles L. 621-1, alinéa 3 et L. 623-2 du Code de commerce, la levée du secret professionnel est justifiée pour le commissaire aux comptes, les experts-comptables, les notaires, les banques, etc. La même idée ressort de l'article L. 651-4 applicable pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Par conséquent, ce cadre justifie que soit porté atteinte au secret professionnel. La même idée ressort de l'article D. 144-12 du Code monétaire et financier, qui autorise la communication des informations détenues par la Banque de France, à propos d'une entreprise soumise à une procédure collective, à l'établissement de crédit.
En outre, lorsqu'un dirigeant est poursuivi pour comportement déloyal, les juges du fond peuvent-ils retenir comme justification à voir suspendre l'exécution provisoire, le fait que l'exécution du jugement aura comme conséquence de compromettre la continuité de leur exploitation ? Deux arrêts ont répondu par la négative. Le premier car la société a fait l'objet d'une recapitalisation et a conservé une activité génératrice de revenus[4]. Le second car le dirigeant ne prouve pas que la société se trouve dans une situation financière à ce point difficile, ni que l'exécution provisoire du jugement entrainerait pour elle des conséquences manifestement excessives[5]. Par contre, dès lors que les pertes régulières, les dettes et la

[1] CA Lyon, Ch. 3A, 14 septembre 2012, n° 11/06796.
[2] CA Amiens, Ch. économique, 22 janvier 2009, n° 05/03390.
[3] V., l'alinéa second du I de l'article L. 611-2 du Code de commerce.
[4] CA Paris, Ch. 1, 26 décembre 2008, n° 08/23754.
[5] CA Rennes, 3 novembre 2009, n° 09/06528.

suppression du crédit établissent la situation difficile de la société, la demande de suspension de l'exécution provisoire peut être accordée[1].

[1] CA Paris, Ch. 5, 16 novembre 2011, n° 11/18108.

Conclusion du chapitre

L'usage pragmatique met en évidence la capacité de la responsabilité civile à s'adapter à la politique juridique de la procédure collective pour satisfaire son efficacité. L'adaptation révèle alors la dimension pratique de la responsabilité civile. Nous le constatons notamment à propos de la poursuite du contrat de bail, nécessaire pour assurer la continuité de l'exploitation. À ce propos, la responsabilité du mandataire de justice sera souvent recherchée. Dans ce cadre, sa faute doit être appréciée au regard de la volonté de poursuivre ou non les finalités des procédures collectives. Ainsi, sa mise en cause est le moment pour le tribunal de concilier les intérêts en présence et de considérer, en l'absence de faute, que la politique juridique de la procédure collective prime sur les seuls intérêts du bailleur. Nous le constatons aussi pour la revendication des biens fongibles, pour laquelle le droit des procédures collectives déroge largement au droit commun. Or, dans l'hypothèse où le revendiquant recherchera la responsabilité du mandataire de justice qui, en cédant de l'actif a cédé aussi le bien litigieux, il faudrait prendre en considération l'attitude antérieure du revendiquant qui n'a pas exercé son droit à temps ; de sorte que son manque de diligence doit posséder un effet partiellement exonératoire. Ces exemples nous permet d'émettre la remarque suivante : si les juges prennent en considération les intérêts en présence, ils devraient aussi prendre en compte l'attitude antérieure de la victime. En conséquence, face aux risques que doivent prendre les acteurs de la procédure collective pour rechercher son efficacité, l'action en responsabilité civile doit participer à l'équilibre de sa politique juridique, pour ce faire cela passera par le sacrifice de certains intérêts. Cette action deviendrait alors une source de sécurité juridique pour le droit des procédures collectives.

L'adaptation révèle aussi sa dimension théorique en ce qu'il est possible d'imaginer la construction d'un droit au crédit pour les professionnels. *De lege lata* le droit au crédit n'existe pas. Pourtant, des limites au refus de crédit émergent, l'expression même de « droit au crédit » est consacrée, des délibérations de la HALDE, rendues en matière de discrimination, laissent présager l'existence d'un tel droit, quant au refus de crédit, il est susceptible de causer un préjudice à l'emprunteur. Or, ces avancées ne signifient-elles pas la reconnaissance, à tout le moins implicite restons prudent, d'un droit au crédit ? *De lege ferenda*, consacrer un droit au crédit reviendrait d'une part, à objectiver la relation de crédit. Et d'autre part, à supprimer la responsabilité des établissements de crédit pour avoir soutenu abusivement un débiteur en difficulté. En effet, l'accès au crédit deviendrait un droit et

rendrait la notion de soutien obsolète. On serait désormais dans l'accès au crédit, non dans le soutien. L'accès refusé devrait être motivé, ce qui écarte toute idée de déresponsabilisation. Toutefois, on peut raisonnablement douter qu'une telle consécration soit sans risque. Le contrôle de la motivation du prêteur pourrait amener à des dérives[1], Il faudrait, pour reprendre les termes de M. Legeais « que les juges ordonnent un crédit alors même que ce dernier aurait été clairement refusé par une banque au motif que les éléments objectifs d'un refus n'existent pas. Il est fort probable que les juges hésiteront à s'engager dans cette voie périlleuse[2] ». Donc, en s'adaptant à la procédure collective, l'action en responsabilité civile participe à l'équilibre de la politique juridique. Cette participation peut provenir aussi de la possibilité offerte au dirigeant qui participe à son efficacité, de s'exonérer de sa responsabilité voire de justifier son acte.

Lorsque le dirigeant est vulnérable ou inexpérimenté, les solutions traduisent la compassion des juges du fond qui, par leur appréciation souveraine préjudicient à l'intérêt collectif et finalement à l'efficacité du droit des procédures collectives. Pourtant, comme nous avons pu le constater[3], l'efficacité du droit des procédures collectives repose sur l'inefficacité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, au titre de sa réparation, de sorte que la fonction réparatrice de la responsabilité civile devrait coexister avec une autre fonction. Or, au delà de cette justification, l'efficacité est défendue par la dissociation qui est réalisée entre les faits et les conséquences. Pour ces arrêts, on ne parle pas d'exonération de la faute mais de l'adaptation de la réparation à la situation personnelle du débiteur, ce qui est différent. Les fautes ont été commises, les juges ne le nient pas. Par conséquent à cette dissociation qui relève de la casuistique devrait répondre une dissociation des fonctions de la responsabilité. Par contre, l'exonération de responsabilité du dirigeant, qui a adopté des mesures anticipatives des difficultés, est pleinement justifiée. Dès lors que le droit de la responsabilité est utilisé dans le cadre des procédures collectives, il est mis au service de ses finalités et participe à la défense de son efficacité, mais il n'en est pas la cause unique. De sorte que, pour être efficace, il ne suffit pas de mettre en cause le dirigeant pour espérer récupérer de l'actif. S'il participe aussi à la politique juridique de la procédure collective, il ne doit pas être responsable.

Au titre de la justification, il ne semble pas que ce moyen de défense soit pertinent pour le dirigeant. Sauf à considérer que la faute de gestion commise soit nécessaire pour son

---

[1] V., D. Legeais, « Non respect de l'engagement d'accorder un crédit », *RTD com.* 2007, p. 820, note sous CA Reims, Ch. civ, 5 mars 2007, n° 05/01692, précité.

[2] D. Legeais, « Droit au crédit. Portée des engagements souscrits par les banques pour remédier à la crise du crédit. Rôle du médiateur. De l'existence d'un droit au crédit », *RTD com.* 2009, p. 186.

[3] V., *supra* « La réparation mesurée de l'insuffisance d'actif ».

entreprise ? En effet, prenons l'exemple de l'état de nécessité. La faute de gestion commise par le dirigeant pourrait-elle être reconnue comme étant nécessaire ? Il faudrait qu'il fasse face à un danger réel et actuel. Or, l'ouverture d'une procédure collective, si elle constitue en elle-même un dommage pour les créanciers et pour le débiteur, ne représente-t-elle pas un danger pour lui ? Il faudrait en outre que cette faute soit nécessaire. Pourrait-on voir un acte nécessaire afin d'éviter un mal plus grand, des licenciements par exemple ? La faute du dirigeant pourrait être socialement utile, considérée comme un moyen de politique juridique de la procédure collective. Il faudrait enfin comparer les intérêts ; la sauvegarde de l'emploi est-elle d'un intérêt supérieur à celui contre lequel l'acte a été commis ?

Conclusion du titre second

L'usage, à la fois fluctuant et pragmatique, de la responsabilité civile, démontre donc son utilisation opportuniste et, partant, l'incidence de la procédure collective. En effet, le regain de la responsabilité sert l'efficacité, que ce soit par la condamnation du dirigeant au titre de l'insuffisance d'actif causée par sa faute de gestion, dont nous pressentons que sa nature est davantage qu'une simple faute ; ou par les suites possibles de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Ces suites traduisent, rien que par leurs termes, réouverture et reprise, l'idée du regain. Par contre, les hypothèses de déclin que nous avons étudiées ne semblent pas servir l'efficacité du droit des procédures collectives. La possibilité pour la banque de rompre son concours à l'entreprise, dont une procédure collective a été ouverte, témoigne par exemple de la nature particulière du crédit. Sans doute fondée sur la confiance lorsque l'entreprise est *in bonis*, la relation de crédit s'unilatéralise avec les difficultés. De la confiance réciproque, on privilégie dans ce cadre des intérêts qui sont personnels, ce qui par définition est contraire à la politique juridique de la procédure collective. C'est pourquoi il faudrait peut être objectiver davantage la relation de crédit, ce qui signifierait intervenir en amont par l'instauration d'un droit au crédit aux professionnels. La seconde hypothèse de déclin sert paradoxalement l'intérêt personnel du dirigeant. En effet, lorsqu'est recherchée sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif, uniquement pour déclaration fautive de la cessation des paiements, on remarque que ce contentieux a peu de chance d'aboutir. Soit que les juges ne précisent pas l'un de ses éléments matériels, à savoir l'actif disponible, soit qu'ils ne précisent pas sa date.

En outre, c'est au titre de sa capacité à s'adapter que l'on peut démontrer l'usage pragmatique de la responsabilité civile. L'adaptation concerne à la fois l'action et la reconnaissance de responsabilité. L'action, puisque la finalité de la responsabilité civile est de conduire à des solutions équilibrées ; on le constate en pratique au travers de la poursuite du contrat de bail d'une part et si devait être recherchée la responsabilité du mandataire de justice par le revendiquant, dont le bien a été cédé pour des raisons d'efficacité d'autre part. Enfin, au titre de la reconnaissance de responsabilité, on peut distinguer entre les causes d'exonération et les faits justificatifs. Pour les premiers, il s'agit d'une adaptation de la réparation. Pour les seconds, ils permettraient au dirigeant d'être tenu pour irresponsable. Cependant, on ne pensent pas qu'ils puissent avoir droit de cité en procédure collective, sauf à considérer la procédure collective elle-même comme un fait justificatif.

Donc l'usage pragmatique et fluctuant démontre que la responsabilité civile est utilisée pour servir la politique juridique de la procédure collective et finalement bénéficier à son efficacité.

Conclusion de la première partie

La politique juridique de la procédure collective est définie par les moyens de droit utilisés par la procédure collective pour que soit recherché ses finalités. Dès lors que cette utilisation sera positive, ces moyens juridiques participeront à l'efficacité du droit des procédures collectives. Or, l'outil qui est mis au service des finalités et du régime de la procédure collective, qui s'adapte à sa politique juridique pour bénéficier à son efficacité est la responsabilité civile.

Nous sommes donc bien en présence de son utilisation dans les procédures collectives. Celle-ci dénote selon M. Le Tourneau, la souplesse de la responsabilité civile, dont les règles peuvent s'adapter aux situations, sans intervention législative[1]. Or, cette souplesse lui bénéficiera. Elle impliquera des changements internes à la responsabilité civile, par une sorte d' « effet centrifuge » de son utilisation. La conséquence est que la responsabilité civile se modifiera, dont la cause est son environnement externe, c'est à dire la procédure collective. La question est savoir maintenant, dans quelle mesure s'effectuera cette mutation ?

[1] Ph. Le Tourneau, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.* 1990, chronique p. 26.

Partie 2 : La mutation de la responsabilité civile par les procédures collectives

Nous avons étudié l'utilisation de la responsabilité civile et ses conséquences sur le droit des procédures collectives. Nous avons mis en évidence sa capacité à s'y adapter pour tendre vers son efficacité. Or, si la responsabilité s'adapte à son environnement externe qu'est la procédure collective, elle en subira les effets. C'est ce que nous appelons la mutation de la responsabilité civile. Celle-ci entrainera une évolution de sa finalité (**Titre 1**) et de son régime (**Titre 2**).

Titre 1 : L'évolution de la finalité de la responsabilité civile

La finalité traditionnelle attachée à la responsabilité civile consiste à réparer le dommage subi, à remettre les choses en l'état. Cette finalité ne correspond pas à l'utilisation qui en est faite en droit des procédures collectives. Il est donc nécessaire d'y apporter une approche nouvelle (**Chapitre 2**). Mais avant de l'étudier, il nous faut envisager ce sur quoi repose cette finalité actualisée. Elle repose sur l'une des raisons qui font du droit des procédures collectives un droit particulier, hors catégorie, à savoir son aspect holiste qui lui permet, lui aussi, d'être mis au service d'une cause globale (**Chapitre 1**).

Chapitre 1 : La construction de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives

L'évolution de la responsabilité civile impliquera son adaptation à l'objet pour lequel la politique juridique de la procédure collective est elle-même un outil, cet objet est la politique économique. Or, dans ce contexte, les finalités de l'utilisation de sa politique

juridique par la politique économique tendent à ce que nous appellerons l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.

L'efficacité juridique est donc la conséquence de la politique juridique de la procédure collective, qui correspond aux mécanismes de droit qui, dans cette approche globale, participent à sa défense. Et, nous l'avons vu, la responsabilité civile en est un.
Finalement, la responsabilité civile, qui agit comme une composante de cette politique juridique est une constante de son efficacité juridique.
Nous allons donc envisager son fondement (**Section 1**), qui explique le lien entre la procédure collective et la politique économique et l'objet (**Section 2**), qui lui expliquera le lien entre la responsabilité civile et la politique juridique de la procédure collective, de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.

Section 1 : Le fondement de l'efficacité juridique

La politique juridique de la procédure collective a partie liée avec la politique économique. Celle-ci consiste à faire des choix, entre des objectifs et des instruments cohérents avec ces objectifs. La procédure collective est un de ces instruments (**Paragraphe 1**). Le législateur des procédures collectives, légifère dans un but d'intérêt économique général, on ne peut en douter. Nous verrons la mesure de ce devenir (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La politique économique et les procédures collectives

Le fonctionnement du marché ne suffit pas toujours, n'est pas toujours capable d'apporter des solutions équilibrées quant à la situation économique générale d'un pays. Pour tenter de pallier à ces lacunes, l'État interviendra afin de réguler son économie. Ce faisant, il élaborera une politique économique (**A**), dont le droit des procédures collectives constituera un outil (**B**).

A : La définition de la politique économique

Avant de pouvoir définir la politique économique (**2**), il nous faut tenter de la modéliser pour en comprendre l'essence (**1**).

1 : La modélisation de la politique économique

Socle de la politique économique : l'offre et la demande. L'offre et la demande, outil de base de l'analyse économique, considère que chaque bien, service, monnaie, titre, voit son prix déterminé sur un marché en fonction de l'offre (l'offre varie proportionnellement au prix - les offreurs sont prêts à offrir d'autant plus de biens et de services que leur prix sera élevé) et de la demande (la demande varie de manière inversement proportionnelle au prix - les acheteurs achèteront plus si le prix du bien proposé est bas). La loi de l'offre et de la demande est une loi empirique, de portée générale et axée sur la rationalité élémentaire des agents économiques, qui agissent en fonction de leurs propres intérêts.

La rencontre de l'offre et de la demande. Le lieu (physique ou non) de rencontre de l'offre et de la demande constitue le marché. Il est, et nous le comprenons aisément, à la recherche perpétuelle de leur équilibre. Or, pour maintenir une certaine constance le marché a besoin d'instruments. Au titre de ces instruments de régulation, on trouve notamment la politique économique.

La loi dite de l'offre et de la demande, constitue une partie des économies de marché comme peut l'être celle de la France. Elle est un formidable moteur de l'activité économique puisque les agents économiques (personne morale ou physique) sont libres de vendre et/ou d'acheter des biens, des services et des capitaux ; le profit qu'ils en retirent alors forme la récompense du risque. Mais, formidable soit-elle, ses défauts n'en restent pas moins visible : gaspillage, mauvaises allocations des ressources, défaut dans la préservation de l'environnement, etc.

Or, l'entreprise doit s'inscrire dans un système plus vaste que les seuls rapports entrepreneuriaux. Il faut regarder au delà et l'étudier en dehors du monde clos de ces rapports. En d'autres termes, vérifier sa capacité à entreprendre et mettre en évidence une dynamique entrepreneuriale interne et externe. Le chef d'entreprise quant à lui, doit jouer différents rôles, tels que l'apport de fonds, manager ses équipes, innover et fondamentalement créer les richesses. Mais, sur ce dernier point, il n'est pas le seul créateur. Les salariés, les partenaires s'inscrivent dans cette dynamique. Quoi qu'il en soit, sans entrepreneur qui innove, il n'y a pas d'innovation, et sans innovation l'entreprise ne peut pas croître. Comment stimuler l'envie d'entreprendre ? D'innover ?

Pour Schumpeter par « des gains impressionnants, beaucoup plus élevés qu'il n'aurait été nécessaire pour provoquer tel ou tel effort spécifique, sont jetés en pâture à une faible minorité de gagnants et, du même coup, impriment une impulsion beaucoup plus puissante

que ne l'aurait fait une répartition plus égalitaire et plus « juste » à l'activité de la grande majorité des hommes d'affaires qui, en retour de leurs initiatives, ne reçoivent qu'une rémunération très modeste, sinon rien ou moins que rien, mais qui, néanmoins, s'évertuent au maximum parce qu'ils ont les yeux constamment fixés sur les gros lots et surestiment leurs chances de réussir aussi bien que les gros gagnants. De même, les sanctions du système sont dirigées contre l'incompétence. Mais, bien que les hommes non qualifiés et les méthodes désuètes soient effectivement éliminés, parfois très rapidement, parfois après un sursis, la faillite menace également ou même engloutit plus d'un homme capable et, par suite, ce risque immanent tient en haleine *tous* les entrepreneurs et agit, à son tour, beaucoup plus efficacement que ne le ferait un système de pénalités plus égalitaire et plus « juste »[1] ».

Donc pour ce faire, l'entrepreneur doit être compétent, qualifié, capable d'assumer les risques inhérents à son activité. Les gains amassés par lui, ses excédents de profits, sont nécessaires pour donner aux autres la motivation de faire mieux.

Néanmoins, des facteurs externes sont susceptibles d'annihiler cette volonté : la faillite ou l'aggravation de la crise.

Les forces du marché. Le marché comme lieu de rencontre de l'offre et de la demande, est animé par des forces. Celles-ci ont pour objectif l'émergence d'un équilibre. Pour ce faire, ces forces peuvent compter sur l'intervention d'un élément extérieur, régulateur, implicite s'y développant parallèlement.

Par exemple, les forces du marché qu'a pu décrire en matière de concurrence M. Porter[2], ne sont pas livrées à elle-même. Le principe de ce modèle dit des cinq forces, consiste à élargir la notion de concurrence en prenant en compte, au sein d'une industrie de biens ou de services, toutes les forces susceptibles d'influer sur la capacité des firmes en présence à générer un profit[3]. Dans ce modèle, l'intensité des forces est inversement proportionnelle au potentiel de profit. Une question demeure, comment mesurer ces forces ? Sans entrer dans les détails techniques, cette mesure se fera à l'aide des outils classiques en économie industrielle. Au

---

[1] J. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Bibliothèque historique Payot, 1990, p. 104-105. Certes, Schumpeter parle ici à propos du capitalisme. Mais la distinction entre capitalisme et économie de marché est une querelle doctrinale qui oppose historiens et économistes. Nous assimilerons l'un et l'autre.

[2] M.- E. Porter, « How Compétitive Forces Shape Strategy », *Harvard Business Review*, 1979. Les forces de la concurrence de Porter sont au nombre de cinq : le pouvoir de négociation des clients ; le pouvoir de négociation des fournisseurs, la menace de nouveaux entrants, la menace des produits ou services de substitution et la lutte entre les concurrents actuels.

[3] T. Loilier et A. Tellier, *Les grands auteurs en stratégie*, Collection Grands Auteurs, EMS, 2007, Chapitre VI, p. 109.

delà, ce qui est intéressant, et *a fortiori* en France où le poids de la sphère publique est particulièrement déterminant, c'est de constater une sixième force, implicite, mais elle aussi capable d'influer sur la capacité des concurrents à générer un profit. Cette force, consiste dans l'intervention des pouvoirs publics, notamment par leur pouvoir de réglementation.

Or, l'interventionnisme étatique constitue le fondement de la politique économique et conditionnera la manière dont chaque force s'exerce sur le marché.

Les choix politiques, nous en sommes convaincus, ne disparaissent donc pas du champ de l'économie. Ils s'expriment au travers de la politique économique, menée pour remédier aux insuffisances du système de marché.

2 : La politique économique

Définition. La politique économique désigne « l'ensemble des interventions des pouvoirs publics en vue d'orienter l'activité économique d'un pays dans un sens jugé souhaitable[1] » ou encore « l'ensemble des actions menées par l'état pour réguler l'activité économique[2] ».

Elle consiste dans la « manipulation délibérée d'un certain nombre de moyens mis en œuvre pour atteindre certaines fins[3] ».

Ces éléments mettent donc en exergue l'instrument de la politique économique qui est l'État. L'objet de son intervention consiste dans l'orientation et la régulation de l'activité économique. Quant à l'assiette de cette intervention, elle n'est pas limitée. La direction que doit prendre cette intervention, est un sens souhaitable.

La politique économique, nous en sommes convaincus, est donc empreinte d'un certain pragmatisme. Pragmatisme qui rayonne sur son instrument et ses objectifs.

Ainsi, le soutien de l'emploi par une politique budgétaire appropriée, la limitation de l'inflation en fixant des normes monétaires, de hausse de prix ou de revenus, le soutien des exportations par des mesures fiscales particulières, etc., sont des exemples de politique économique.

Donc, cet ensemble de décisions cohérentes, prises par les pouvoirs publics, et visant, à l'aide de divers instruments, à atteindre des objectifs afin d'orienter l'économie dans un sens jugé

---

[1] A. Beitone *et al., Dictionnaire de science économique*, 4e éd. Armand Colin.
[2] F. Teulon, *Dictionnaire d'histoire, économie, finance, géographie,* 6e éd. PUF.
[3] J. Tinbergen, *On the theory of economic policy,* Amsterdam, North Holland publishing, 1952.

souhaitable[1], nous le verrons, peut se faire à plus ou moins long terme, on parle respectivement de politique économique structurelle et conjoncturelle.

Les objectifs de la politique économique. La politique économique poursuit divers objectifs. Des objectifs « majeurs[2] » et « qui contribuent au bien-être collectif des personnes[3] », ce qui suppose la recherche d'une certaine efficacité, de la stabilité économique mais sans pour autant négliger la justice sociale.

En d'autres termes, la politique économique qui serait « amorale » poursuivrait des objectifs « moraux ». Ici se situe le dilemme, entre efficacité et équité.

Ces objectifs peuvent regrouper trois types de fonction. Si la politique économique cherche à infléchir l'allocation de ressources productives réalisées par le marché, elle aura une fonction d'allocation. Si elle cherche à réguler à court terme l'activité économique, elle aura une fonction de régulation. Et si elle modifie la répartition des revenus primaires jugés trop inégalitaires, elle aura une fonction de répartition.

Ces trois fonctions d'allocation, de régulation et de répartition, évoluent. Premièrement, par la mondialisation qui engendre une perte d'efficacité de la politique économique au plan national. En effet, l'activité économique est de plus en plus dépendante de la fluctuation des marchés mondiaux, des stratégies des firmes multinationales, de la concurrence croissante de ces marchés qui suppose à plus ou moins long terme la mise en place d'autres formes d'interventions publiques. Disons le, surtout axé sur la coopération étatique. Deuxièmement par l'essor des nouvelles technologies, de la nouvelle économie, qui justifie aussi de nouvelles méthodes d'interventions. Dernièrement par la prise en compte, de plus en plus aujourd'hui, des questions environnementales conduisant à la mise en œuvre d'une certaine politique climatique, et donc là aussi d'une intervention spécifique.

Distinction entre politique économique structurelle et conjoncturelle. La poursuite des objectifs en politique économique peut se faire à plus ou moins long terme. D'où cette distinction entre politique économique structurelle et conjoncturelle.

La première a pour objet la modification (irréversible) des structures de l'économie, elle engage la nation sur le long terme puisque les délais entre la prise de décision et l'obtention des premiers résultats sont souvent longs. Ses domaines traditionnels sont la politique sectorielle, industrielle, territoriale et technologique. Elle résulte de préoccupations

[1] A. Beitone *et al., op. cit.*
[2] J.-C. Prager et F. Villeroy de Galhau, *Dix-huit leçons de politique économique*, 2e éd., Seuil.
[3] *Ibid*.

régaliennes, économiques et sociales. Elle possède des instruments autoritaires spécifiques comme la privatisation et la nationalisation ; ou simplement informationnels à savoir l'expertise ou la prospective. Globalement, après une période marquée par un interventionnisme, la politique structurelle qui s'est infléchie dans un sens plus libéral, répond à un principe d'affectation des instruments. Or, le libéralisme enseigne que la faillite est un mode d'assainissement du circuit économique[1].

La seconde vise à réguler l'activité économique à court terme. Pour ce faire, les instruments de la politique économique doivent être cohérents entre eux et cohérents avec les objectifs de la politique économique de sorte qu'il faut choisir autant d'instruments qu'il y a d'objectifs (cela correspond à la règle de Tinbergen[2]) et chaque instrument doit être utilisé pour atteindre l'objectif à l'égard duquel il est relativement le plus efficace (ce qui correspond à la règle de Mundell[3]).

B : L'utilisation de la politique juridique de la procédure collective

La politique économique tente de répondre à la question de savoir comment et dans quel but l'état intervient dans le fonctionnement de l'économie.

En légiférant en matière de procédure collective, l'état intervient nécessairement dans le fonctionnement de l'économie, nous tenterons ici de relater la construction de cette intervention (**1**). Cette lente construction aboutit aujourd'hui, à ce que la politique juridique de la procédure collective devienne effectivement un outil de politique économique (**2**).

1 : L'évolution des idées

Les idées humanistes et novatrices dans l'Antiquité grecque. En Égypte, nous raconte Diodore de Sicile[4], le roi Sésostris III, avare de conquête, avait pour dessein de « s'emparer de toute la terre habitée ». Pour préparer cette entreprise, la première chose qu'il fit est de s'attirer la bienveillance du peuple (ceux qui devaient partir à la guerre doivent

---

[1] V., K. Kharroubi, *Cessation des paiements et ouverture des procédures collectives-contribution à l'étude de la notion de cessation des paiements*, Thèse, p. 17.

[2] V., J. Tinbergen: *On the theory of economic policy*, Amsterdam, North Holland publishing, 1952.

[3] R.-A. Mundell, « A Theory of Optimum Currency Areas », The American Economic Review, 1961, vol. 51, n° 4, p. 657 à 661.

[4] Diodore de Sicile, *livre I*, Bibliothèque historique, Les belles lettres, collection des universités de France, Partie 2, Chap. LIV.

mourir pour lui et ceux qui restent ne doivent tenter aucune révolution). Pour ce faire, il les comblait tous : les uns par des dons d'argent, les autres par des concessions de terres et, et c'est cela qui nous intéresse, certains débiteurs détenus virent leurs dettes remises.
Un autre roi, d'une autre dynastie, Bocchoris, légiféra lui en matière de contrat. C'est concernant les débiteurs que sa position est remarquable puisque sa loi prescrit que le remboursement de leur dette ne pouvait être poursuivi que dans leurs biens : « leur personne en revanche ne pouvait en aucun cas être saisie[1] ». L'idée sous-jacente à ces mesures concernait l'intérêt public. En effet, il serait anormal que le soldat partant au combat soit dans le même temps arrêté pour dettes par son créancier et que, du fait de la cupidité de simples particuliers, le salut de la communauté soit mis en péril.

À Athènes, au IVes av. J.C., une crise sociale et intellectuelle s'amorça[2]. Tentant d'y faire face, Solon, s'inspira des idées égyptiennes et particulièrement de la loi de Bocchoris et la transposa en Grèce. Il le fit et libéra les débiteurs de leur fardeau[3]. Dès lors, à Athènes on n'oblige plus, contrairement aux lois de Dracon qui aliénaient à la fois l'homme et son patrimoine pour dettes civiles ; et d'un coup des milliers de débiteurs furent amnistiés de toutes leurs dettes, sans qu'aucune indemnité ne soit versée aux créanciers. Un double effet s'ensuivit, un effet économique par la relance et un nouvel essor et un effet légal marqué par le caractère rétroactif et par la réhabilitation des Athéniens déchus, qui reprirent possession de leurs biens, marquant finalement l'acquisition des libertés individuelles et de la propriété foncière. Mais la situation de plus en plus précaire des paysans entraîna leur exil et la fondation d'autres colonies. Dans le même temps le commerce maritime se développa et avec lui le soutien de l'armée qui conduira à la lutte entre Athéniens et Spartiates dans le Péloponnèse. La défaite d'Athènes en 404 av. J.C., rompit l'équilibre économique et social, et creusa un peu plus l'écart entre paysans pauvres et riches propriétaires. Tous ces bouleversements font s'interroger l'individu sur la valeur de la loi de l'argent et de la justice, qui deviennent des puissances opposées. De ces faits, il s'en suivra une grave crise intellectuelle et morale.

---

[1] Diodore de Sicile, *livre I*, Bibliothèque historique, Les belles lettres, collection des universités de France, Partie 2, Chap. LXXIX.
[2] Les paysans étaient souvent contraints d'emprunter, que ce soit suite à une guerre ou à une catastrophe climatique. Pour ce faire, ils gageaient leurs terres et s'engageaient à verser à leurs créanciers une partie de la récolte. En cas de défaillance, ces derniers se faisaient payer sur la personne du débiteur, voire sur celle de sa famille, qui pouvait être vendue comme esclave.
[3] Littéralement Loi *Seisachtheia*.

Sur ce fond de crise, se développa un débat politique et économique entre Platon et Aristote qui tenteront avec leurs idées et malgré leur contradiction, de la surmonter[1]. Ainsi, le passage du recouvrement de la dette du débiteur de sa personne sur ses biens constitua un instrument du bien être social.

Mais cette légitimation pour le débiteur à ne plus payer ses dettes, est circonstanciée. Elle ne l'est que parce que il est opportun de le faire ! Ainsi, la société, sur le fondement de l'intérêt public, intervient dans le fonctionnement de l'économie, en réponse à la rigueur implacable de Dracon, pour permettre aux débiteurs de repartir sur des bases de travail saines, le libérant par là de l'avidité de quelques riches propriétaires.

C'est ainsi que les esclaves pour dettes furent délivrés. À Rome, au IIIes, l'Empire est traversé par une crise. Une crise intestine entre sénateurs et plébéiens, dont la cause principale, nous dit Tite Live, était l'esclavage pour dettes[2]. En effet, il fallait dissuader les débiteurs d'emprunter au delà de leurs facultés, notamment en permettant aux créanciers de couper en morceaux équitables le cadavre du débiteur insolvable.

---

[1] - Pour le premier, Platon, *Les lois – Livres III et VI, Tome XI, 2e partie*, Les Belles Lettres, 4e éd. Collection des Universités de France, 744 b-c : La doctrine économique de Platon tend, pour régler la solution du problème posé par le développement de la richesse commerciale, à écarter les conceptions matérialistes. Il insiste sur la nécessité d'établir l'égalité des fortunes car, selon lui, s'il existe une classe de non possédants, ils seront une source perpétuelle de révolution. Le communisme que nous présente Platon est un idéal de portée générale. Conscient de son ambition, Platon propose un autre programme, moins parfait pour lui, mais plus simple à pratiquer. Il propose d'attribuer à tous les citoyens des propriétés égales ; et si malgré tout des inégalités persistent, il faudra instaurer une « égalité des chances » par une fiscalité inégale dont le but sera de tendre à l'égalité économique en appréciant la « valeur individuelle » le « plus également possible en vertu de l'inégalité proportionnelle ». Donc, Platon, adoptant une attitude moraliste, écarte l'activité commerciale comme souillant l'âme de l'individu.

- Pour le second, Aristote, *Politique – Livres I et II*, Tome I, Les Belles Lettres, 3e éd. Collection des Universités de France, 1263 b : La doctrine économique d'Aristote prend le revers de celle de Platon. En tant qu'adversaire du communisme de Platon, Aristote critique la privation de la propriété car « du point de vue du plaisir, on ne saurait exprimer combien il importe de considérer une chose comme personnelle ». Ce plaisir est, poursuit Aristote, « incompatible avec une unification excessive de l'État». Ainsi, L'organisation économique doit être adaptée à la finalité propre de l'être humain ; mais puisque le commerce est une manière non naturelle d'acquérir des biens, il est condamnable. Pour Aristote donc, il convient de proscrire de la Cité le commerce et les activités financières, synonyme d'activités corruptrices.

[2] Tite Live, *Histoire Romaine – Livre II*, Les Belles Lettres, 6e éd. Collection des Universités de France, Chap. XXIII.

Les insolvables, tel Caius Publilius[1], demandent alors aux citoyens protection, et tous réclament la réunion du Sénat. Seuls quelques courageux se réunirent et, hésitant entre l'application de leur autorité consulaire et la douceur, demandèrent à Servilius, travaillant dans l'ombre de Jules César, d'extraire le sénat de ces menaces. Servilius rendit un édit qui défendait de tenir un citoyen romain dans les fers ou en prison ; de saisir et de vendre les biens d'un soldat en campagne. Dès lors, les débiteurs « de tous les points de la ville, s'échappaient des maisons, où leurs créanciers n'avaient plus le droit de les retenir ». Cependant, malgré le plébiscite Licinio-Sextien et la loi agraire, cela n'empêcha pas les riches propriétaires terriens de s'aliéner la plupart des exploitations agricoles, laissant alors la population s'enfoncer dans la misère et l'insolvabilité.

En résumé, les déséquilibres économiques et les querelles intestines ne pouvaient que déboucher sur la faillite du système. Le remède ? Encore l'intervention de l'état, par des réformes agraires et une législation sociale. Il faut désamorcer la révolution montante ; comme a pu le faire Solon en son temps. Il faudra attendre l'œuvre de Jules César pour que s'organise d'une part la liquidation judiciaire des débiteurs insolvables et d'autre part l'abolition de la contrainte par corps pour dettes civiles.

Comment ? Par l'abolition de la contrainte par corps pour dettes. Ainsi, en suivant des objectifs qui deviendront près de vingt siècles plus tard des objectifs de politique économique, l'état Romain s'est appuyé sur des outils, des instruments et parmi ceux-ci la suppression de la contrainte pour dettes remplacée par des mesures qui, aujourd'hui, ont à trait aux procédures collectives, comme la possibilité pour le débiteur insolvable d'abandonner ses biens (en bloc ou au détail) ou de vendre son patrimoine. Ces nouvelles possibilités deviennent, pour l'époque, des instruments de politique économique.

---

[1] Tite Live, *Histoire Romaine – Livre VIII*, Les Belles Lettres, Collection des Universités de France, Chap. XXVIII. Ici, Tite Live nous raconte comment, en 326 av. J.C. Publilius fut à l'origine de la Curie contre les consuls et finalement de l'abolition de l'esclavage pour dettes. Publilius, « jeune et beau » fut détenu par Papirius, en raison des dettes paternelles, qui voyait dans sa beauté un bénéfice supplémentaire de sa créance. Papirius « voyant qu'il gardait plus présente à l'esprit sa qualité d'homme libre que sa situation du moment, ordonne de le mettre nu et d'apporter les verges. Déchiré par elles, le jeune garçon se précipita au dehors, accusant à grand cris la passion et la cruauté de son créancier ; une foule de gens qu'enflammèrent la compassion pour sa jeunesse, (…), accourt au forum ; le soulèvement soudain obligea les consuls à convoquer le Sénat (…). Ce jour là, en raison des excès déchainés commis par un seul homme, on brisa un lien puissant du crédit et l'on invita les consuls à proposer au peuple qu'à part les criminels nul ne pût être maintenu dans les liens ni dans les fers, en attendant son châtiment ; la caution du débiteur ne devrait être fournie que par les biens du débiteur et non par sa personne. C'est ainsi que les esclaves pour dettes furent délivrés et l'on prit garde qu'il n'y en eût pas d'autres à l'avenir ».

La poursuite de la construction, entre individualisme et sévérité. La période qui s'étend du Moyen-Âge au milieu du XXes est riche sur l'intervention de l'État dans la construction du droit des faillites[1]. Nous pouvons citer, sans prétendre à l'exhaustivité, l'ordonnance de Charles IX prise en 1560[2], l'ordonnance de Moulins prise aussi par Charles IX en 1566[3] ; l'ordonnance de 1667[4] ; l'ordonnance de commerce de 1673[5], la loi du 4 mars 1889[6], celle du 20 août 1936[7] ou encore celle du 30 août 1947. Mais si cette construction s'inscrit nettement dans un mouvement d'ordonnancement juridique rendu nécessaire par les réalités socio-économiques en perpétuelle évolution, elle ne s'est pas faite suivant un objectif de politique économique.

Certes l'État est intervenu, mais dans un intérêt privé, en s'axant sur le tort qu'avait subi les créanciers du fait de l'insolvabilité de leurs débiteurs. Néanmoins, la sévérité qui guidait l'état toute cette période, cette mesure de politique individuelle s'est faite au nom de la moralité publique.

Donc, au cours de cette période, la faillite n'était pas vue comme une affaire de société. Elle ne concernait que des individus, elle devait donc se régler à l'échelle individuelle.

---

[1] V., D. Desurvire, *Banqueroute et faillite – De l'Antiquité à la France contemporaine*, *LPA* 30 aout et 2 septembre 1991, n° 104 et 105.

[2] Cette ordonnance prévoyait que « tous banqueroutiers et qui feront faute en fraude, seront punis extraordinairement et capitalement ».

[3] Celle-ci donna à la contrainte par corps une dimension purement judiciaire.

[4] Cette ordonnance abrogea l'usage de la contrainte par corps, sauf pour les étrangers (par exemple, les dettes de foires pouvaient entrainer l'exécution du failli) et pour les dépens adjugés à deux cent livres au moins en matière civile et criminelle.

[5] L'ordonnance de Colbert était une source d'enseignements nouveaux : nouveauté dans les définitions (faillite ; dichotomie de la banqueroute), nouveauté par l'obligation faite au débiteur de prévenir ses créanciers de sa déroute ; nouveauté aussi dans l'obligation faite au débiteur de communiquer des informations sur sa situation patrimoniale ; nouveauté par l'interdiction de cessions, ventes de biens meubles ou immeubles effectués en dehors de la masse commune des créanciers. Cette ordonnance renfermait un paradoxe : si elle s'employait à supprimer la contrainte par corps, elle institutionnalisa la peine de sang, notamment pour les banqueroutiers frauduleux. Ne souhaitant pas aller jusque cette extrémité, les tribunaux se limitèrent au prononcé de peines corporelles, et donc on revint à la contrainte par corps. Cela dépendait donc de l'état d'esprit du banqueroutier.

[6] Cette loi est souvent qualifiée d'humanitaire car elle leva les sanctions (pénales ou civiques) contre les faillis, qui peuvent désormais profiter d'une nouvelle procédure de liquidation judiciaire. Celles-ci demeurent maintenues contre les banqueroutiers

[7] Cette loi permit au juge d'accorder des délais de grâce au profit des débiteurs en difficulté financière pour surseoir à l'exécution des poursuites.

2 : Une affirmation contemporaine

Législations contemporaine et évolution économique : une influence réciproque. Le milieu du XXes donna à la faillite une nouvelle dimension. En effet, les législations qui suivront en matière de faillite deviendront facteur d'évolution économique. Dès lors, la procédure collective deviendra véritablement un outil de politique économique, une affaire de société.

Le point de départ de cette réflexion fut selon nous le décret du 20 mai 1955. Il institua une nouvelle procédure de règlement judiciaire, à côté de celle, ancienne, de faillite réservée aux commerçants non méritants. Par conséquent, la première procédure conduira au redressement du débiteur même si son entreprise n'est pas viable économiquement, et la seconde à son élimination de la vie des affaires peu important la viabilité de son entreprise. Ces mesures sont clairement antiéconomiques, et toujours teintée, au nom de la moralité publique, de politique individuelle.

Pour y remédier, il faut rompre avec la tradition qui voulait que le chef d'entreprise soit l'entreprise elle-même. C'est ce que fit la loi du 13 juillet 1967. Le critère désormais est la capacité ou non de l'entreprise à se redresser. Il repose donc sur des perspectives économiques. Afin de favoriser ces perspectives, cette loi a non seulement généralisé l'applicabilité de la procédure collective, que ce soit aux personnes ou aux tribunaux. Mais a aussi ancré le bicéphalisme juridique entre règlement judiciaire et liquidation des biens, afin de favoriser l'essor économique, que ce soit en permettant aux entreprises qui pouvaient se redresser de le leur permettre ou aux autres l'élimination technique pour, par la suite, permettre la relève économique. Ce faisant, l'état veille, de plus en plus, à la survivance des entreprises de sorte que la législation acquière désormais une vision économique, notamment de préservation de l'emploi, avec l'aide (certes tardif) de la loi du 15 octobre 1981[1] qui accroît le rôle du ministère public au sein des deux procédures mentionnées plus haut ; désormais, l'on se tourne vers la préservation de l'intérêt général. De ce fait, le droit des procédures collectives deviendrait un mélange de droit privé et de droit public, puisque « pour atteindre ses objectifs, il doit recourir aux remèdes envisagés par la politique économique générale[2] ».

[1] Loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 relative au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises.

[2] K. Kherroubi, *Cessation des paiements et ouverture des procédures collectives-contribution à l'étude de la notion de cessation des paiements*, Thèse, p. 24.

Mais, si à cette période, l'atmosphère économique est en crise : la rupture des accord de Bretton-Woods, les crises pétrolières, la modernisation industrielle qui entraîne la mutation de notre environnement économique et l'augmentation du nombre de faillites ; il en ressort au plan économique un constat d'échec de cette législation de 1967.

Pour le corriger, le législateur interviendra une nouvelle fois en 1985. On prend alors conscience de la portée générale de la faillite, c'est à dire que son origine ne tient plus dans un accident individuel fruit de la mauvaise gestion du débiteur, mais dans un phénomène plus global qui, à l'échelle de la personne du débiteur, est difficilement maîtrisable. En effet, des événements nationaux ou internationaux font que la faillite ne se cantonne plus à une entreprise. Dès lors, un revirement d'idée s'opère. La faillite n'est plus considérée comme une mesure d'assainissement, mais au contraire comme un drame économique accompagné de son lot de sacrifice. Désormais, la priorité est d'organiser au mieux la réussite politique de la faillite. Comment ? En faisant de la procédure collective un véritable outil de politique économique[1]. Dès lors, cette réussite ne sera possible, non pas en maintenant artificiellement en vie une entreprise, mais, et on change radicalement de perspective, en créant un climat favorable à l'activité économique et en évitant que des décisions maladroites n'augmentent les difficultés déjà existantes. Il faut sauvegarder le potentiel économique de l'entreprise.

Finalement, si la loi de 1967 a tenté un glissement des mentalités en écartant l'idée que le débiteur, personne physique, était responsable de la faillite de son entreprise ; celle de 1985 convertira les mentalités faisant glisser le droit des entreprises en difficulté du droit privé vers le droit public[2]. Pour preuve, citons l'article 1er, alinéa 1, de la loi de 1985 (repris en 1994) : « il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ». Il considère clairement la procédure collective comme un outil de politique économique destiné à sauvegarder les entreprises. Ce qui importe alors est l'intérêt de l'entreprise, ceux qui agissent à son encontre seront responsables.

Parachèvement de l'évolution. La logique économique sera parachevée par la loi de sauvegarde de 2005, puisque selon les termes du projet de loi « il ne faut pas sanctionner une entreprise économiquement saine[3] », d'autant que la procédure collective n'est plus vu comme une « sanction »…

---

[1] Y. Guyon, *Droit des affaires – tome 2*, Economica, 9e éd., coll. Droit des Affaires et de l'Entreprise, 2003, p. 5.
[2] Y. Guyon, *Droit des affaires – tome 2*, *op. cit.,* p. 4.
[3] Projet de loi n°1596, p. 17

Les objectifs de cette loi sont les mêmes qu'en 1985, à ceci près qu'ils sont développés et précisés au sein de chaque procédure, que ce soit pour la sauvegarde ou pour les procédures de traitement des difficultés, à savoir le redressement et la liquidation judiciaire.

Pour la sauvegarde, il s'agit de faciliter la réorganisation de l'entreprise pour permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Pour le redressement judiciaire, sa finalité est de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Pour la liquidation judiciaire, elle a pour but de mettre fin à l'activité de l'entreprise ou de réaliser le patrimoine du débiteur.

Or, une hiérarchie d'intérêt en fonction des procédures serait patente. En sauvegarde, le maintien de l'activité économique, qui renvoie à l'intérêt général ; en redressement le maintien de l'activité de l'entreprise, renvoie quant à lui à un intérêt particulier. D'où un glissement du général au particulier en fonction de l'avancement des procédures ! L'activité économique est-elle plus importante que l'activité de l'entreprise ?

La sauvegarde aurait un objectif d'intérêt public alors que le redressement, puisque la prévention n'a pas fonctionné, un intérêt plus localisé. Dans le redressement, il n'y aurait plus d'activité économique, mais qu'une activité d'entreprise ? Cela n'a pas de sens.

Il n'y aurait alors que la sauvegarde qui serait un outil de politique économique.

Selon nous, la différence, susceptible d'induire en erreur, évite tout simplement la redondance du terme « entreprise ». La réorganisation de l'entreprise passe inévitablement par le maintien de son activité ! Or, cette activité est économique au premier plan. Donc, nous pouvons assimiler l'activité économique de la sauvegarde à l'activité de l'entreprise du redressement. Finalement ces deux procédures que sont la sauvegarde et le redressement sont des outils de politique économique.

La politique économique l'emporte sur la technique juridique. Il ne s'agit plus seulement de payer les créanciers, mais aussi et surtout d'organiser la survie de l'entreprise et la sauvegarde des emplois[1].

Poursuivant l'évolution, l'ordonnance du 18 décembre 2008, issue de l'article 74 de la LME[2], c'est à dire de l'habilitation donnée au gouvernement pour prendre des mesures nécessaires pour réformer le droit des procédures collectives. Déjà, l'ordonnance, habilitation donnée au gouvernement par le Parlement pour statuer sur des domaines qui relèvent en principe du domaine de la loi, est par elle-même un instrument de politique économique.

---

[1] Y. Guyon, *Droit des affaires – tome 2*, *op. cit.,* p. 16.

[2] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

Or, cette ordonnance a permis de « rendre la procédure de sauvegarde plus attractive, de favoriser le recours à la conciliation et de développer l'application du régime simplifié de la liquidation judiciaire[1] ». Elle a aussi « renforcé la cohérence du régime des sanctions[2] ». Bref, cette ordonnance renforce le dispositif de prévention et de traitement des difficultés des entreprises et protège l'emploi. A ces titres, elle renforce l'attractivité de la sauvegarde en assouplissant ses conditions d'accès, en élargissant les prérogatives du dirigeant et en améliorant les conditions de réorganisation de l'entreprise, dont nous avons vu qu'elle était un instrument de politique économique ; elle favorise le recours à une procédure préventive ; et elle développe une simplification procédurale pour les petites entreprises.

Paragraphe 2 : La politique juridique de la procédure collective comme outil de politique économique

Le droit des procédures collectives, n'est plus seulement cantonné à l'organisation du paiement des créanciers et à la liquidation de l'actif du débiteur, il est soumis à l'influence économique. En effet, l'importance économique et sociale des entreprises auxquelles s'applique ce droit a conduit à y voir un « instrument privilégié de politique économique, propre à assurer leur redressement ou à faciliter leur disparition[3] ».

Or, s'il est de la responsabilité des pouvoirs publics « de toujours veiller à répondre aux situations qui fragilisent nos entreprises[4] », la manière la plus effective aujourd'hui est l'intervention législative[5].

C'est pourquoi l'on peut affirmer que la politique juridique de la procédure collective participe à la politique économique et que la compétitivité économique va de pair avec la maîtrise des risques juridiques.

Cette affirmation se déduit surtout de la loi de circonstance appelée Pétroplus (**A**). Elle se déduit aussi des autres réformes récentes (**B**).

---

[1] Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, p.3.

[2] *Ibid*.

[3] Cl. Alexandre, *et. al. L'application du droit de la faillite. Éléments pour un bilan*, A. Sayag et H. Serbat (dir.), Litec, coll. Le droit des affaires, étude du CREDA, p. 5.

[4] 3e séance de l'Assemblée Nationale du 28 février 2012. Intervention de M. Mercier.

[5] P. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E*, 1er mai 2014, n°18, p. 20.

A : L'exemple de la loi du 12 mars 2012

Genèse. La loi du 12 mars 2012, s'est inscrite dans un contexte économique et social marqué notamment par les affaires Pétroplus et Sodimédical. Elle a pour objet de protéger les créanciers et les salariés d'une entreprise des agissements de son dirigeant[1] tenté par la soustraction des biens. En effet, pour prendre l'exemple de la société Pétroplus, société Suisse dont la filiale française fut placée en redressement judiciaire le 24 janvier 2012, cette dernière vit ses comptes sociaux vidés par les banques de la société mère peu de temps avant le dépôt de bilan. Près de 170 millions d'euros ont été ainsi subtilisés.

Aussi, empêcher le détournement d'actifs est capital afin de mettre à profit ce que les syndicats sur place appellent leur trésor de guerre. En effet, en stock, la raffinerie conserve 200 millions d'euros de production, et tout laisse à penser que la société mère n'est pas sans être intéressée par la récupération de ces produits en stock.

L'objet de cette loi est donc de lutter contre de telles pratiques[2]. Elle introduit des mesures curatives et préventives[3], dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire qui, rappelons le, est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif[4]. Or, ces mesures, en permettant d'éviter aux dirigeants de droit ou de fait de prélever les actifs de l'entreprise et d'organiser leur protection face au risque de voir leur responsabilité engagée, mettent en balance les intérêts en cause (intérêt de l'entreprise, des propriétaires d'actifs ou des créanciers) et garantissent le meilleur équilibre entre ces intérêts[5], mais sans qu'il soit question que ces mesures impactent les relations commerciales de la société avec ses partenaires. Cette loi nous démontre donc que l'état n'est pas impuissant face aux difficultés des entreprises. Il agit pour le bien commun, afin de sanctionner les abus commis par certains[6], car il est de sa responsabilité de toujours veiller à répondre aux situations qui fragilisent les entreprises[7]. Le fruit de cette réflexion est donc la création d'une nouvelle action en responsabilité pécuniaire.

---

[1] J.-P., Lecoq a qualifié, lors de la 3e séance du mardi 28 février 2012 à l'Assemblée Nationale, ces dirigeants de « patrons voyous ».

[2] V., Ph. Roussel Galle, « La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté », *JCP E*, 22 mars 2012, n° 12, p. 9.

[3] 3e séance de l'Assemblée Nationale du 28 février 2012. Intervention de J.-M., Clément.

[4] Proposition de loi du 12 mars 2012.

[5] 3e séance de l'Assemblée Nationale du 28 février 2012. Intervention de M. Mercier.

[6] 3e séance de l'Assemblée Nationale du 28 février 2012. Intervention de F. Guégot.

[7] 3e séance de l'Assemblée Nationale du 28 février 2012. Intervention de M. Mercier.

Double conséquence. La première est liée à l'idée préventive du possible engagement de la responsabilité. On y perçoit d'un côté les mesures conservatoires comme de véritables outils de la politique juridique de la procédure collective procédures collectives[1] et sa condition préalable, la responsabilité, comme un outil, un outil préventif.
En effet, il faut empêcher que des personnes ne fassent échapper, lors de l'ouverture du redressement judiciaire, des biens[2]. Or, ceci n'est possible qu'avec l'utilisation de cet outil de politique juridique utilisé par la procédure collective qui est la responsabilité civile : « à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens (de tous les biens) du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur[3] ». Néanmoins, cette nouvelle action, doit respecter, nous le verrons, le droit et *a fortiori* le principe de proportionnalité tout en répondant à un objectif d'efficacité juridique.

La seconde conséquence veut que soit fait face aux comportements abusifs de certaines personnes physiques. La démarche alors entreprise, liée à un intérêt public, s'inscrit dans une politique plus globale visant, selon Mme Guégot, à lutter contre la désindustrialisation interne[4]. La première préoccupation qui anima le législateur est, nous le voyons, clairement la pérennité de l'outil industriel.

Finalement, l'adoption d'une telle mesure traduit clairement l'idée selon laquelle la procédure collective constitue le support d'une mesure de politique économique. Le juge peut l'adopter pour conserver des biens si une action en responsabilité est introduite. Son objet permet alors la mise en cause des dirigeants qui ont, par leur faute, été à l'origine de la cessation des paiements.
Mise en parallèle avec les objectifs du redressement judiciaire, cette mesure d'intérêt public y répond puisqu'elle tente de maintenir l'emploi, de sauvegarder l'entreprise et de désintéresser les créanciers. L'argent ainsi récupéré sera alors utile pour œuvrer à la poursuite de l'activité.

---

[1] V., *infra* « L'objet de l'efficacité juridique ».
[2] L'article L. 651-4 du Code de commerce, qui prévoit la possibilité pour le président du tribunal, dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, d'ordonner « toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant », n'est applicable qu'en liquidation judiciaire.
[3] Article L. 631-10-1 du Code de commerce. Cet article introduit donc une nouvelle action en responsabilité pour ordonner une mesure conservatoire. Celle-ci se justifie par le fait que la procédure collective soit un instrument de politique économique.
[4] Rapport de l'Assemblée Nationale sur la loi du 12 mars 2012.

Les objectifs de la procédure collective et l'activité de gestion sont donc liés. Le pont entre les deux étant assuré par la recherche de la responsabilité. Ce faisant, la responsabilité civile deviendrait un instrument de protection de l'intérêt de la société et de ses salariés[1]. Ceci montre bien que la responsabilité civile, et nous verrons dans quels termes par la suite, est un outil de la politique juridique de la procédure collective.

Il s'agit alors d'une part d'un outil mis à la disposition des salariés pour faire reconnaître leurs droits et partant, relancer l'outil industriel. Et d'autre part d'une mesure individuelle, puisqu'il ne faut pas qu'elle ait un impact sur les relations commerciales entre une société et ses partenaires, prise dans un intérêt qui lui est général. Exit donc l'immunité qui était attachée au dirigeant en redressement judiciaire, désormais il répond de ses fautes de gestion en liquidation et en redressement judicaire.

Certes, cette loi circonstanciée, adoptée tel le remède miracle et préventif à la crise économique et comme la preuve de la défiance qui pèse à l'encontre des dirigeants soulève encore des questions. Mais la crise se poursuit, le crédit se fait de plus en plus rare, le curseur de la prévention continue de reculer, d'où de nouvelles réformes.

B : Les affirmations contemporaines de l'utilisation de la politique juridique de la procédure collective

Cette affirmation est guidée par l'adoption de trois textes, une loi (**1**) et une ordonnance (**2**) adoptée en 2014 et une loi promulguée en 2015 (**3**).

1 : La loi du 2 janvier 2014

L'État peut intervient directement dans l'évolution des procédures collectives. La loi du 2 janvier 2014[2], consista à accélérer les procédures auxquelles est soumise la réalisation des projets des entreprises, leur permettre de se concentrer sur le cœur de leur activité, et améliorer leur compétitivité sans porter atteinte à la protection des intérêts publics. L'objet du programme de simplification relève donc de la politique économique.

[1] Rapport du Sénat sur la loi du 12 mars 2012.
[2] Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

L'article 2 de cette loi traite particulièrement des mesures afin de réformer le droit des entreprises en difficulté. Au titre de ces mesures, citons sans exhaustivité, la faveur qui doit être faite aux procédures de prévention ; rendre plus facile la recherche de nouveaux financements de l'entreprise bénéficiant de la conciliation ; rendre encore plus efficace la sauvegarde ; améliorer le respect des objectifs de la procédure collective ; assouplir et accélérer la liquidation judiciaire et créer une procédure spécifique pour les auto entrepreneurs ou encore renforcer la transparence du régime procédural.

Le procédé d'ordonnance issu de cette loi donne à la discipline qu'est le droit des entreprises en difficulté une forte connotation politique, d'autant plus que nous tentons de sortir d'une période de crise économique. Réformer ce droit, c'est s'y attaquer : « en avant pour une nouvelle réforme de la loi de sauvegarde des entreprises[1] ! ».

Pourtant, si la crise financière continue à se développer ; tous ses effets, notamment au plan contentieux, ne sont pas encore connus[2]. Et ce, d'autant plus que ce qui motive le législateur quant aux responsabilités qui peuvent être prises dans cette matière semblent largement centrées sur le dirigeant, et non sur l'environnement économique de l'entreprise.

Or, si les lois, notamment depuis 2005, ont tendance à faire de la politique juridique de la procédure collective un outil de politique économique, force est de constater que la situation économique globale n'a pas été le fil conducteur des réformes législatives relatives aux responsabilités des dirigeants[3], du moins jusqu'à la loi du 12 mars 2012. En effet, face aux effets dévastateurs de la crise financière (multiplication du nombre de défaillances d'entreprises, mise au chômage croissante de salariés), l'État a tenté de trouver une solution aux difficultés. Il l'a fait notamment par la prise de mesures concernant la responsabilité des dirigeants.

Mais la vérité est que la crise financière n'influence pas la législation des sanctions. Au contraire, c'est le droit des sanctions qui influence les réponses à la crise[4] ! En effet, le droit de la responsabilité civile défend l'efficacité juridique de la procédure collective, partant il intervient indirectement la politique économique.

---

[1] P.-M. Le Corre, « En avant pour une nouvelle réforme de la loi de sauvegarde des entreprises ! », LPA, 9 décembre 2013, p. 3.

[2] V., A. Martin-Serf, « La crise financière : aspects juridiques », *RJ com.* Mai/Juin 2009, n°3, p. 174.

[3] V., J. Vallansan, « Les sanctions influencées par la crise économique ? », *BJE* 2012, n°5, p. 319.

[4] *Ibid*.

2 : L'ordonnance du 12 mars 2014

Une réponse à la dégradation du contexte économique ? Le financement des entreprises, des grosses entreprises, se fait moins par les banques que par les marchés. Ce qui n'est pas sans les mécontenter dans la mesure où elles bénéficient de taux intéressants. Par contre, pour les petites et moyennes entreprises, la part du crédit bancaire diminue alors qu'elles sont très dépendantes de leurs banques[1]. De la dépendance du marché à la politique économique il n'y a qu'un pas.

C'est dans ce contexte que le législateur a tenté de s'attaquer à la crise financière. Cette préoccupation le guide à nouveau, preuve en est avec l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. Notons d'abord que l'ordonnance, bien que pourvu de 117 articles, n'en consacre « que » 3 (les articles 86, 87 et 88) aux sanctions. L'article 86, qui concerne l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, supprime la précision selon laquelle « le juge-commissaire ne peut ni siéger dans la formation de jugement, ni participer au délibéré », de sorte que sa participation est désormais proscrite d'une manière générale. Cette modification textuelle n'est pas une modification du droit[2].

Les objectifs de cette ordonnance tentent de « faciliter l'anticipation de l'aggravation des difficultés, renforcer l'efficacité des procédures en adaptant leurs effets à l'égard des créanciers, du débiteur et des associés, d'adapter le traitement des situations irrémédiablement compromises à la réalité en respectant à la fois les droits des créanciers et ceux du débiteur, et d'améliorer les règles de procédure pour plus de sécurité, de simplicité et d'efficacité[3] ». Cette ordonnance, cette réforme parce que c'en est une, par son nombre d'articles, par la création de nouvelles procédures (sauvegarde accélérée, rétablissement professionnel) en tentant de rééquilibrer[4] les rapports de force entre les différents protagonistes (créancier et débiteur, actionnaire, salariés), et en privilégiant la réalité économique de l'entreprise, se veut

---

[1] Les Échos, 10 avril 2014, p. 30, par E. Lederer.

[2] V., J. Lasserre Capdeville, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'évolution des sanctions », *BJE* 1er mai 2014, n° 3, p. 206.

[3] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, publié au JORF n° 0062 du 14 mars 2014 page 5243.

[4] Ph. Roussel Galle, « Des procédures plus attractives, de meilleurs équilibres », *Rev. proc. coll.,* mars-avril 2014, repère 2 ; R. Dammann et G. Podeur, « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.*, 27 mars 2014, n° 12, p. 752.

résolument pragmatique[1]. En effet, les axes développés par la réforme manifestent la volonté de promouvoir l'anticipation, d'augmenter les chances de trouver une solution le plus en amont possible[2], d'abréger et de simplifier le traitement des défaillances, que ce soit en procédure préventive ou liquidative. Néanmoins, à trop s'orienter vers la prévention, en développant des outils préventifs, cette réforme fait évoluer la matière et de fait, met en place une nouvelle donne des pouvoirs. Or, cette nouvelle distribution doit se faire dans l'intérêt de l'entreprise car, comme nous le démontrerons, l'intérêt en droit des procédures collectives est fondamental. Or, les équilibres dans les procédures collectives résultent d'articulations d'autant plus complexes que les situations sont hétérogènes ou évolutives en fonction des paramètres économiques, voire politiques[3].

Un acte manqué. Notons que le projet d'ordonnance avait dans l'idée d'innover davantage. Cette innovation se fit dans le prolongement du courroux d'un ministre à l'occasion de l'affaire du groupe Doux. En effet, le projet prévoyait de renforcer le pouvoir des créanciers face aux actionnaires des entreprises en difficulté afin de faciliter la sortie de crise pour des entreprises à la tête de laquelle les dirigeants s'entêtent et s'aveuglent face aux difficultés. Ainsi, il prévoyait la possibilité pour les créanciers de convertir leurs créances en capital, contre l'avis du dirigeant et des actionnaires pour, le cas échéant, en prendre le contrôle. Comme nous l'évoquions, le gouvernement fut marqué par l'affaire Doux, dont le dirigeant (et propriétaire) a lui-même élaboré un schéma de reprise ; en dépit des injonctions du ministère du redressement productif. Le reproche consista à avoir interrompu, alors que son entreprise est au plus mal, les négociations avec la banque et les représentants de l'État. En effet, la banque voulait imposait un directeur général extérieur à la famille Doux, qui travaillerait aux côtés du fils du fondateur. Or, ce dernier a préféré demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, alors que l'État, s'inquiétant pour les éleveurs

[1] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, publié au JORF n° 0062 du 14 mars 2014 page 5243.
[2] V., C. Delattre et E. Etienne-Martin, « Prévention : le mandat *ad hoc* et la conciliation plus efficaces et plus accessibles ? », *Rev. proc. coll.*, mars-avril 2014, dossier 15. Les auteurs sont clairs, « l'accès aux mesures de détection et de prévention est facilité pour augmenter les chances de trouver des solutions le plus en amont possible ».
[3] P. Rossi, « Les grands axes de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Rev., proc. coll.*, mars-avril 2014, Dossier 14, p. 36.

indépendants dont le groupe Doux est le seul client, mit en avant un choix industriel et stratégique non pertinent[1].

Depuis 2007, les activités de produit frais du groupe, à cause de la concurrence et sous la pression de la grande distribution, perdent de l'argent. Le climat délétère des affaires en France a rendu la situation inextricable. Le résultat, malgré des subventions (PAC, aides de l'État suite aux crises aviaires) fut l'endettement et finalement la cessation des paiements. Le groupe Doux fut endetté à hauteur de 340 millions d'euros, et près de 3400 emplois furent menacés. Le tribunal de commerce de Quimper ouvrit une procédure de redressement judiciaire, avec l'espoir qu'un repreneur se manifeste. Ce fut le cas avec Sofiprotéol, qui fit une offre de reprise globale qui ne nécessitât « que » la suppression de 900 emplois parmi lesquels 2 usines où étaient employés majoritairement des délégués syndicaux et le siège social du groupe. Le tribunal ne retint pas cette proposition. Il scinda alors le groupe en deux avec d'un côté le pôle frais avec 1300 emplois et l'autre pôle avec 2700 emplois. Le premier fut placé en liquidation judiciaire, le second soumis à un plan de continuation. Le ministre de l'agriculture M. Le Foll a appelé le tribunal à « choisir la solution d'avenir industriel[2] », solution qui aboutit à la suppression 1300 emplois.

Selon M. Beulin, président de la Fédération Nationale des Syndicats d'Exploitants Agricoles et de Sofiprotéol, les offres de reprises de Doux « sont une forme de gâchis », et appelle à une réforme des tribunaux de commerce[3].

On le voit d'une certaine manière avec cette affaire, la voix de l'État n'a pas pu se faire entendre. Elle le peut désormais[4].

Mais, au delà de cette disposition et si depuis le groupe Doux a subi une modification de gouvernance suite à l'acceptation du plan de continuation et à l'adoption d'un accord de recapitalisation, ce qui fit reculer sa dette à 75 millions d'euros, le gouvernement voulut adopter une mesure visant à exproprier les associés. En réaction à une affaire en cours, cette volonté est clairement d'utiliser le droit des procédures collectives comme un outil de politique économique. Ce n'est qu'après le passage au Conseil d'État qu'il recula sur cette

---

[1] Site internet de BFM business : http://bfmbusiness.bfmtv.com/emploi/reproche-t-on-a-charles-doux-321146.html consulté le 21 novembre 2015.

[2] Site internet de BFM business : http://bfmbusiness.bfmtv.com/emploi/doux-stephane-foll-ne-veut-pas-laisser-empirer-situation-332690.html consulté le 21 novembre 2015.

[3] Site internet de BFM business : http://bfmbusiness.bfmtv.com/emploi/xavier-beulin-faillite-doux-est-un-gachis-333902.html consulté le 21 novembre 2015.

[4] L'alinéa 3 de l'article L. 662-3 du Code de commerce dispose que : « le tribunal peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile, et notamment, il peut entendre le représentant de l'Etat à sa demande ».

innovation « essentielle annoncée : la conversion forcées des créances en actions[1] », Conseil d'État qui a sans doute considéré qu'on ne pouvait pas maintenir cette disposition qui s'assimile à une expropriation[2].

Destinée à répondre à une affaire en cours, cette proposition, selon M. Teboul « nuit fortement à la crédibilité de notre dispositif sur les entreprises en difficulté, (…) l'esprit de la loi devient difficilement perceptible, voir compréhensible. De plus, cette façon de légiférer (…) crée une insécurité juridique qui risque de déboucher sur un blocage des dirigeants d'entreprise dissuadés de recourir à l'intervention du tribunal qui pourrait être perçue comme un risque de les déposséder non seulement de leur pouvoir mais aussi de leur propriété sur tout ou partie du capital[3] ». Dans le même esprit, selon M. Kuntz « en procédant par des réformes successives, souvent de circonstances et alors même qu'une autre est déjà annoncée, la structuration et la cohérence des procédures entre elles sont remises en cause[4] ». Nous ne remettons pas en cause ces analyses, mais c'est sans compter sur la prise en compte de la procédure collective comme outil de politique économique. Donc la remise en cause, la nuisance, doivent être relativisées, car la procédure collective ne fait que s'adapter à la politique économique de telle sorte qu'elle en constitue *a fortiori* un outil.

M. Le Corre le reconnaît implicitement lorsqu'il affirme que « le sous-emploi chronique de la France depuis maintenant quarante ans, la crise financière ayant agitée la planète, la crise économique persistant dans la zone euro, expliquent ces interventions à répétition, semblant accréditer l'idée que le droit des entreprises en difficulté pourrait être le remède miracle, alors pourtant, et plus fondamentalement, qu'il ne peut que permettre le traitement des difficultés, non faire disparaître ces dernières, en jouant, en France le rôle d'un amortisseur social, tout spécialement grâce au mécanisme de traitement et de prise en charge des créances salariales. D'une certaine manière, c'est donc prendre l'effet pour la cause[5] ». Mais, si le droit des entreprises en difficulté, n'est pas le remède miracle, s'il ne peut faire disparaître les difficultés, nous sommes convaincus que ce droit parce qu'il constitue un outil de politique

---

[1] G. Teboul, « L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la réforme du droit des entreprises en difficulté : un duel créanciers/débiteurs à armes égales ? », *Gaz. pal.* 26 et 27 mars 2014, n° 85 à 86, p. 6.

[2] F. Gentin, « Au delà de son intérêt pratique, la réforme opérée par l'ordonnance est un vrai revirement dans l'approche française du droit des entreprises en difficulté », *BJE* 1er mai 2014, n° 3, p. 208.

[3] G. Teboul, « Le renforcement du rôle des créanciers dans le cadre de la nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté (1re partie) », *LPA*, 21 janvier 2014, n° 15, p. 6.

[4] J.-E. Kuntz, « La réforme voulue d'ampleur passe sous silence des problématiques pourtant majeures », *BJE* 1er mai 2014, n° 3, p. 214.

[5] P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.,* 27 mars 2014, n° 12, p. 733.

économique et que, partant, par l'utilisation qu'il fait de la responsabilité civile tend à la faire évoluer afin qu'elle réponde au mieux aux finalités, aux objectifs de la procédure collective.

Cette idée de conversion des créances, abandonnée donc en 2014 fut reprise dans la loi du 6 août 2015.

3 : La loi du 6 août 2015

La poursuite de l'intérêt général. L'article 238 de cette loi prévoit la création d'outils pour renforcer « l'efficacité des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire, de rétablissement professionnel et de liquidation judiciaire ».
Parmi ces outils, on note l'article L. 631-19-2 du Code de commerce. Selon ce dernier, « lorsque la cessation d'activité d'une entreprise d'au moins cent cinquante salariés ou constituant, au sens de l'article L. 2331-1 du code du travail, une entreprise dominante d'une ou de plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins cent cinquante salariés est de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi et si la modification du capital apparaît comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité, après examen des possibilités de cession totale ou partielle de l'entreprise, (…) », deux mécanismes d'éviction des associés ou actionnaires sont possibles. Le premier impose « aux associés une cession forcée de leurs droits, et donc une expropriation », le second impose « à l'assemblée générale une modification du capital à effet de dilution, ce qui n'est pas une expropriation, mais qui aurait pu être considérée comme la cause de la perte d'un attribut essentiel du droit de propriété[1] ». Cette disposition spéciale, contraire aux dispositions de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil[2], rééquilibre donc les pouvoirs entre les parties à la procédure collective.

Le Conseil constitutionnel a d'abord été saisi *a priori* quant à la constitutionnalité de la loi du 6 août 2015. Il fut reproché aux mécanismes de l'article 238 de porter atteinte au droit de propriété des actionnaires ou des associés opposés au plan de redressement. Le Conseil constitutionnel considéra que ces dispositions ne portaient pas une « atteinte manifestement

[1] P. Rossi, « Dispositions de la loi Macron concernant le livre VI et VIII du Code de commerce – obstination ou obsession ? », *Rev. proc. coll.,* septembre 2015, n° 5, étude 15.
[2] L'article 1836, alinéa 2, du Code civil dispose que « en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci ».

disproportionnée au droit de propriété des associés ou actionnaires[1] », notamment car « le législateur a entendu encourager la poursuite d'activité des entreprises ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général ».

Quels enseignements pouvons nous en tirer ? Que si le plan de redressement prévoit une modification de capital, pour faire entrer de nouveaux instruments et si les associés ou actionnaires en place refusent de voter en faveur de la modification, et bien, parce qu'ils troublent gravement l'économie, parce que leur action va à l'encontre de la préservation de l'emploi ; donc parce qu'ils ont une attitude contraire à la politique juridique de la procédure collective, le tribunal peut, sur demande de l'administrateur ou du ministère public, ordonner la cession forcée des titres détenus par ces associés au profit de personnes qui se sont engagées à exécuter le plan.

Deux choses. La première est que nous assistons ici à une dissociation du sort des actionnaires de celui de la société ; l'intérêt des associés est sacrifié à celui du repreneur dont ils ont refusé d'admettre l'entrée dans le capital[2]. La seconde, plus radicale, est relative à la possibilité d'évincer les actionnaires en dehors de toute idée de faute, justifiée par la politique économique.

Donc, comme la responsabilité est utilisée par la politique juridique de la procédure collective, elle devient l'objet de son efficacité juridique.

---

[1] Cons., const. 5 août 2015, DC n° 2015-715. Notons que la même solution fut donnée à propos du dirigeant de l'entreprise. En effet, Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons., const. 7 octobre 2015, QPC n° 2015-586) relative à la constitutionnalité de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce, lequel prévoit la possibilité pour le tribunal de subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise et, à cette fin, la possibilité d'ordonner la cession de leurs parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, le prix de cession étant fixé à dire d'expert. Issues de l'ordonnance de 2008, ces dispositions contrediraient le droit de propriété du dirigeant de l'entreprise. Le Conseil constitutionnel déclara, le 7 octobre 2015, ces dispositions conformes à la constitution car elles « n'entraînent pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 dès lors que la cession forcée n'intervient que si le dirigeant n'a pas renoncé à l'exercice de ses fonctions de direction et qu'il conserve ainsi la possibilité d'éviter la cession forcée de ces parts, titres ou valeurs ; le législateur a entendu permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise ; il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général (…) » (V., « La cession forcée de droits sociaux validée par le Conseil constitutionnel », *JCP E* 15 octobre 2015, n° 42, act. 781, sommaire).

[2] V., C. Saint-Alary-Houin, « Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives », *BJE* 2016, n° 3, p. 223.

Section 2 : L'objet de l'efficacité juridique

L'efficacité juridique du droit des procédures collectives est la conséquence de sa politique juridique qui est mise au service de la politique économique. Or, l'outil mis au service de ses finalités pour rechercher et défendre cette efficacité est la responsabilité civile.

Pour que celle-ci puisse être considérée comme un outil de la politique juridique de la procédure collective, il faut considérer qu'existe entre les deux matières un lien matériel et immatériel qui les unit. Nous tenterons de mettre en évidence ce lien (**Paragraphe 1**)

Or, la seule étude de l'utilisation de la responsabilité civile est biaisée car elle permet de se placer uniquement du côté de la procédure collective, de sorte que tous ses mécanismes doivent tendre à son efficacité.

Donc, *a priori* le lien immatériel qui émane de la procédure collective n'a pas d'incidence sur la responsabilité civile, du moins autre que celle liée à sa capacité d'être utilisée et se s'adapter à son environnement.

Pourtant, du fait de la mise en évidence d'une politique juridique de la procédure collective, au service de laquelle intervient la responsabilité civile en tant que garante de son efficacité juridique, force est de constater que de ce signal émis par la procédure collective découle un autre signal, incident celui là. Or, de ce signal nait la conséquence de l'utilisation : l'actualisation de la responsabilité civile. C'est cette actualisation qui sera à l'origine du changement d'expression de la finalité et du régime de la responsabilité civile.

Ainsi, lorsqu'on étudie la responsabilité civile et les procédures collectives on ne se doute pas de l'incidence particulière que peut avoir la seconde sur la première. Pour l'imaginer, il faut admettre que l'efficacité juridique du droit des procédures collectives soit génératrice de signaux unissant les deux matières, tels sont ses caractères. Ce faisant, l'objet de cette efficacité est double : il permettra d'expliquer la liaison entre responsabilité civile et politique juridique de la procédure collective. Il permet aussi de comprendre l'utilisation incidente de la responsabilité civile comme outil de politique économique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le lien entre la responsabilité civile et la politique juridique de la procédure collective

À première vue, la mise en évidence de ce lien peut paraître inutile tant l'approche diffère entre ces deux matières est différente (**A**).

Toutefois c'est sans compter sur l'objet de l'efficacité juridique, qui est de lier la responsabilité civile à la politique juridique de la procédure collective, ce qui permettra d'expliquer le mécanisme de l'intervention de la première au sein de la seconde (**B**).

A : Deux modèles différents

Le droit des procédures collectives (**2**) et celui de la responsabilité civile (**1**) sont construits sur des logiques différentes, ce qui nous amène à distinguer deux approches.

1 : L'approche a priori individualiste de la responsabilité civile

L'individualisme originel. La responsabilité civile semble *a priori* être une relation typiquement interindividuelle[1], un sujet à l'obligation de réparer le dommage subit par un autre. Cette obligation met en évidence l'aspect anthropocentriste de ce droit, de telle sorte qu'elle est assise sur la représentation d'une humanité conçue comme un ensemble de sujet autonome. Elle se réduirait alors à l'individu, aux rapports individuels. D'ailleurs, la philosophie originelle du Code civil ne ment pas, le droit de la responsabilité civile est individualiste[2], seuls les individus voyaient leur responsabilité engagée, non les entités personnes morales[3].

Comme la personnalité est au centre du rapport d'obligation, on explique celui-ci en fonction d'éléments constituant ce droit. Ce sont ces éléments, ces facteurs, ces entités, ces parties qui induiront une certaine stabilité au sein de la vie sociale des individus. Quels sont ces éléments ? Tout d'abord l'autonomie des individus par rapport aux autres, impliquant une liberté de laquelle découle la responsabilité ; la causalité ensuite, la responsabilité nécessite une implication causale dans le dommage ; puis un fait générateur et enfin une réparation. Ces éléments mettent alors en évidence une responsabilité pour faute.

Néanmoins, la porosité de la causalité a montré les limites de cette distinction par le fait du développement sociétal. Par conséquent, les actions échapperont de plus en plus à la volonté de leur auteur pour dépendre davantage du milieu au sein duquel elles interviennent. Ainsi, la responsabilité évolue et le développement de l'industrialisation fin 19e contribua à humaniser quelque peu l'aléa, complétant alors la responsabilité pour faute d'une responsabilité sans faute.

---

[1] J.-C. Jobart, *L'individualisme en droit public français,* thèse, Toulouse 1, 2009, p. 883.
[2] G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 15, p. 22.
[3] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 9, p. 6.

Le droit de la responsabilité civile issu du Code civil de 1804 est aussi empreint, selon l'expression de Mme Viney, de « moralisme[1] ». Le discours de Tarrible au corps législatif est éloquent : « S'agit-il enfin du dommage causé ? Le projet épuise tous les moyens d'en assurer la réparation ; et dans le nombre de ces moyens, elle place une responsabilité morale qui doit redoubler la vigilance des hommes chargés du dépôt sacré de l'autorité, et qui préviendra ainsi plus de désordres qu'elle n'en aura à réparer[2] ». Cette volonté de rattacher la responsabilité civile à la responsabilité morale a eu pour conséquence de placer la faute au centre de la responsabilité civile[3]. Encore aujourd'hui, « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer[4] », chacun, n'importe quelle personne juridique[5], doit donc répondre de la faute, de n'importe qu'elle faute, qu'il a pu commettre.

L'évolution des techniques nécessite une autre approche. Ce principe originel de responsabilité pour faute, cette philosophie subjective, puisque la faute implique un fait attaché à la personne qui est la cause génératrice du dommage, et individualiste ne perdurera pas. L'évolution des techniques et les révolutions industrielles auront raison de sa suprématie. En effet, la situation des ouvriers victimes d'accidents du travail, qui devaient prouver la faute de l'employeur, faute bien souvent hypothétique car fréquemment les machines sont à l'origine de l'atteinte portée à leur intégrité, était alarmante. C'est la prise en compte de leur réalité quotidienne qui a amené la jurisprudence à découvrir, au sein de l'ancien article 1384, alinéa 1er, du Code civil, un principe général de responsabilité du fait des choses (**a**) et du fait d'autrui[6] (**b**).

---

[1] G. Viney *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 16, p. 23.
[2] *Code civil Français-discours et exposé des motifs*, Tome III, Imprimerie Huyghe, Bruxelles, 1804, p. 282.
[3] V. O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804,* LGDJ, p. 464 et s.
[4] Article 1240 du Code civil, modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[5] Cass., civ. 15 janvier 1872, rejet, *D.* 1872, I, p. 165. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu que la personne morale, en l'espèce des architectes, était susceptible de commettre une faute au sens de l'ancien article 1382 du Code civil.
[6] L'article 1242, alinéa 1er, du Code civil dispose : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ». Article 1384 ancien.

a : Sur le principe de responsabilité du fait des choses

L'arrêt Teffaine. La première pierre de cette lente construction fut posée par l'arrêt Teffaine en 1896[1]. Dans cet arrêt, l'application de l'article 1382, ancien, du Code civil inappropriée car le vice de construction étant resté occulte, on ne pouvait reprocher au propriétaire de la machine aucune faute. Mais le dommage ne pouvait rester sans responsable. Selon la chambre civile, « attendu que l'arrêt attaqué constate souverainement que l'explosion de la machine du remorqueur (…) est due à un vice de construction ; qu'aux termes de l'article 1384 c. civ., cette constatation, qui exclut le cas fortuit et la force majeure, établit, vis à vis de la victime de l'accident, la responsabilité du propriétaire du remorqueur sans qu'il puisse s'y soustraire en prouvant soit la faute du constructeur de la machine, soit le caractère occulte du vice incriminé ». Ici, le fondement de la responsabilité repose sur la garde ou la direction d'une entreprise, ce qui suffit selon Saleilles à « faire supporter les risques[2] », d'où la consécration selon ce dernier de la théorie du risque professionnel. En effet, la Cour, qui souleva d'office cet article, affirme un principe nouveau, celui d'une responsabilité existant en dehors de toute faute subjective, de sorte que de la subjectivité de la faute on glisse, par cet arrêt, vers la matérialité, vers les éléments objectifs du fait. La faute devient objective et le fait matériel dans ce domaine sera seul pris en considération. En d'autres termes, la seule irrégularité du fait entraîne la responsabilité du chef d'entreprise. Puisque l'« on met les risques à sa charge », se développe « la responsabilité des risques ». La théorie du risque professionnel doit donc, pour Saleilles, prendre place dans la responsabilité du fait des choses. Ce dernier, avec Josserand[3], défendit alors l'idée de la responsabilité civile fondée sur le risque. Un nouveau fondement de responsabilité était né, un nouvel objet de querelle également.

Si pour certains ce fondement est un mécanisme combinatoire[4], ou d'adjonction[5] à celui de la faute.

---

[1] Cass. civ. 16 juin 1896 (rejet) : *D.* 1897, I, p. 433, note R. Saleilles.

[2] R. Saleilles, note sous Cass., civ. 16 juin 1896, précité.

[3] V., L. Josserand, « Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées », *D.* 1930, chron., p. 5.

[4] L. Aynès, *et. al., Les obligations*, LGDJ, coll. Droit Civil, 8e éd., n° 65, p. 50.

[5] V. H. Capitant, « La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930 », *D.* 1930, chron., p. 31 : « *le risque ne peut être le fondement unique de la responsabilité* » ; et A. Bénabent, *Les* obligations, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 14e éd., n° 531, p. 384.

Pour d'autres, la théorie du risque et le droit de la responsabilité sont « inconciliables[1] », et la conséquence d'une telle consécration entraînerait une responsabilité écrasante[2], paralysant l'esprit d'initiative[3] et l'activité humaine[4].

L'arrêt Jand'heur. La deuxième pierre fut posée dans l'arrêt Jand'heur, rendu par les chambres réunies le 13 février 1930[5]. Cet arrêt, qui confirme la jurisprudence antérieure, affirme une « présomption de responsabilité » à l'encontre de celui qui a sous sa garde une chose inanimée, sans distinguer que cette chose fut actionnée par la main de l'homme, ni de la nécessité d'un vice qui lui serait inhérent. Suite à cet arrêt, une divergence doctrinale apparut quant à l'emploi de l'expression « présomption de responsabilité ». Josserand soutint que la substitution de la présomption de faute à cette variété de présomption « fait un pas dans le sens de l'objectivation de la responsabilité (…), sur la voie de la substitution de la notion de risque au concept traditionnel de faute[6] ». Ce glissement serait le fruit d'un processus comportant plusieurs étapes : « faute prouvée, présomption de faute, présomption de responsabilité, risque[7] », les étapes intermédiaires de présomption (faute puis responsabilité) ne seraient que « des procédés techniques permettant de ménager la transition entre la faute et le risque, ces deux pôles de la responsabilité[8] ». D'autres auteurs n'ont pas attaché une grande importance à cette formule[9]. Pour ces derniers, la substitution précédemment décrite, certainement malheureuse car équivoque, ne serait que de pur fait, présomption de faute et de responsabilité étant synonyme.

---

[1] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 155, p. 101.
[2] H. Capitant, « La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930 », *op., cit.*
[3] H. Capitant, « La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930 », *op., cit.*
[4] F. Terré *et. al. Droit civil-Les obligations,* Dalloz, coll. Précis Dalloz*,* 11e éd., n° 684, p. 736.
[5] Ch., réun. 13 février 1930 (cassation) : *D.* 1930, I, p. 57, note G. Ripert.
[6] L. Josserand, « La responsabilité du fait des automobiles devant les Chambres réunies de la Cour de cassation », *D.* 1930, chron., p. 25, spéc., p. 28.
[7] *Ibid*.
[8] *Ibid*.
[9] V., note de G. Ripert sous Ch., réun., 13 février 1930 et H. Capitant, « La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930 », *op., cit.*

Le fait de la chose et sa garde. Une ultime pierre acheva la construction[1]. Celle-ci s'attacha d'abord à définir la notion de fait de la chose puis celle de la garde de la chose issue de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil.

S'agissant du fait de la chose, une première précision fut apportée par la chambre civile dans deux arrêts rendus le 22 janvier 1940[2]. Ici, le fait de la chose « n'exige pas la matérialité d'un contact » ; cette absence de contact entre la chose et le dommage n'exclut pas le lien de causalité[3]. La seconde précision a été donnée par deux arrêts rendus l'année suivante[4]. Ils confirment que l'article 1384, ancien, alinéa 1er, est applicable aux choses inertes. L'inertie n'empêche pas la reconnaissance, voire la présomption du lien de causalité. En outre, la chose incriminée doit être réellement la cause du dommage ; si une présomption de causalité s'applique, le gardien peut détruire cette présomption en prouvant que la chose n'a joué qu'un rôle purement passif, et qu'elle a seulement subi l'action étrangère génératrice du dommage.

S'agissant de la notion de garde, l'arrêt des chambres réunies du 2 décembre 1941 posa clairement la solution : « privé de l'usage, de la direction et du contrôle du véhicule, il (le propriétaire de l'automobile) n'en a plus la garde, et, en cas d'accident il n'est plus soumis à la présomption de responsabilité édictée par l'article 1384, alinéa 1er, du code civil[5] ». Seul celui qui a la garde factuelle, matérielle, d'une chose peut être responsable du fait de cette chose. Il n'y a donc qu'une garde, qui peut être répartie entre plusieurs personnes. La définition de la garde n'est pas nouvelle[6] ; sa détermination, qui amène alors à rechercher qui avait l'usage, la direction et le contrôle de la chose est donc une question de fait, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans l'hypothèse du fait d'une chose, la garde ayant été mal exercée, le gardien sera celui qui par son défaut d'usage, de contrôle et de direction aura causé le dommage. Finalement, le défaut dans la garde nous amène à la notion de faute et le juge présumera la faute du gardien. On parlera alors de faute dans la garde[7] et le

---

[1] Il faut noter, à propos des choses mues par un dynamisme propre, que la jurisprudence distingue entre la garde de la structure et la garde du comportement. V., Cass., civ. 2e 5 janvier 1956, *D.* 1957, Juris., p. 261, note R. Rodière ; JCP 1956, II, 9085, note R. Savatier.

[2] Cass., civ. 22 janvier 1940, cassation, *D.* 1941, Juris., p. 101, note R. Savatier.

[3] Une étude sera pleinement consacrée au lien de causalité. V., *infra* « Le lien de causalité des actions en responsabilité du droit des procédures collectives ».

[4] Cass., civ. 19 et 24 février 1941, *D.* 1941, Juris., p. 85, note J. Flour.

[5] Ch., réun. 2 décembre 1941 (renvoi), *D.* 1942, I, p. 25, note G. Ripert.

[6] V., déjà R. Saleilles, note sous Cass., civ. 16 juin 1896 précité, spéc., p. 437. Ce dernier évoque que le propriétaire de la chaudière, qui l'avait fait construire, « en avait la direction, la surveillance et la garde ».

[7] Sur cette notion, v. H. Mazeaud, « La faute dans la garde », *RTD civ.* 1925, p. 793, spéc., p. 805 et s.

gardien sera donc présumé en faute. Or, pour Mazeaud[1] cette idée de faute dans la garde évince la théorie du risque (présomption de responsabilité et de faute étant synonyme).

b : Sur la responsabilité du fait d'autrui

L'arrêt Blieck. Quant à la responsabilité du fait d'autrui, celle-ci fut érigée en responsabilité de plein droit par l'arrêt Blieck rendu en Assemblée plénière le 29 mars 1991[2], comme pour le gardien d'une chose. À l'occasion de cet arrêt, la Cour suprême a posé une solution qui divisa la doctrine.

Pour les uns[3], celle-ci n'est pas la reconnaissance d'un principe général du fait d'autrui, puisque la Cour a seulement écarté le caractère limitatif de la liste énoncée par les alinéas 4, 5 et 6 de l'article 1384, ancien[4] du Code civil. Or, cette liste concerne des responsabilités différentes en fonction de cet « autrui » visé : responsabilité fondée sur une présomption simple de faute des parents et artisans[5], responsabilité pour faute prouvée pour les instituteurs[6] et responsabilité irréfragablement présumée pour les commettants.

---

[1] H. Mazeaud, « La faute dans la garde », *RTD civ.* 1925, p. 793.

[2] Ass., plén. 29 mars 1991, rejet n° 89-15.231 : *D.* 1991, p. 324, note C. Larroumet, chron., p. 157 note G. Viney ; *JCP* 1991. II. 21673, p. 169, concl. D.-H. Dontenwille, note J. Ghestin ; *Gaz. Pal.* 1992. II, p. 513, note F. Chabas ; *Defrénois* 1991, p. 729, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1991, p. 312, note J. Hauser, et p. 541, note P. Jourdain. *A contrario*, l'admission d'un mineur en hôpital de jour n'a pas pour effet de transférer à cet établissement la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler la vie de ce mineur : CE. 17 février 2012, requête n° 334766, *AJDA* 2012, p. 1665, étude par H. Belrhali-Bernard ; *RDSS* 2012, p. 563, note C. Marliac.

[3] V. P. Jourdain, « La reconnaissance d'une responsabilité du fait d'autrui en dehors des cas particuliers énoncés dans l'article 1384 », *RTD civ.* 1991, p. 312 et J.-L. Aubert, « Responsabilité civile. Responsabilité du fait d'autrui. Art. 1384, al. 1er, C. civ. Présomption. Cas. Énumération légale. Caractère non limitatif », *Defrénois* 1991, n° 44, p. 729.

[4] Les alinéas 4, 5 et 6 de l'article 1242 du Code civil disposent respectivement : « Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.
Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;
Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance ».

[5] L'article 1242, alinéa 7 du Code civil dispose : « La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité ».

[6] L'article 1242, alinéa 8 du Code civil dispose : « En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance ».

Pour d'autres, la Cour, « déduit par l'arrêt Blieck (…) un principe général de responsabilité du « fait des personnes dont on doit répondre[1] » ». Si cette discussion demeure théoriquement passionnante, elle reste relativement éloignée de notre matière. L'important est de noter qu'une personne morale doit répondre d'une personne physique au sens de l'article 1384, alinéa 1er, car elle a « accepté la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent », le mode de vie de cette personne. À ce propos, M. Chabas a pu soulever d'importantes interrogations[2] : la reconnaissance d'une responsabilité du fait d'autrui autonome est-elle limitée aux personnes morales ? Est-elle limitée aux personnes qui ont accepté de se charger d'autrui ? Est-elle limitée aux personnes qui sont chargées de contrôler et d'organiser la vie d'autrui, ou qui le font à titre permanent, ou, s'agissant de cet « autrui », exige-t-on qu'il soit dangereux ou déficient mental ? Or, dans notre matière, est-ce que la relation que le mandataire de justice construit avec le dirigeant ou les autres acteurs des procédures collectives peut être assimilée à une relation commettant/préposé ? Non, il agit en vertu d'un mandat de justice. Le dirigeant contribuerait-il alors à « l'élargissement de la catégorie des personnes dont on doit répondre[3] » ?

Cependant, nous l'avons vu, et nous le développerons dans la suite de ce travail, la responsabilité objective, indépendante de la faute, ne trouve pas application en droit des procédures collectives. Il faut donc toujours une faute pour agir en responsabilité

2 : L'approche holiste du droit des procédures collectives

Définition. Le holisme est « une conception selon laquelle un tout (organisme, société, ensemble symbolique) est plus que la somme de ses parties, ou autre qu'elle (…) Il désigne le point de vue méthodologique selon lequel c'est le tout qui donne sens et valeur à ses parties par la fonction que celles-ci jouent en son sein[4] ». Cette définition s'appuie sur la thèse épistémologique énoncée par Duhem[5] et Quine[6], selon laquelle « les propositions concernant le monde extérieur rencontrent le tribunal de l'expérience sensible non pas individuellement

[1] J. Ghestin, *JCP* 1991. II. 21673, spéc., p. 176, note sous Ass., plén. 29 mars 1991, précité.
[2] F. Chabas, *Gaz. Pal.* 1992. II. spéc., p. 514, note sous Ass., plén. 29 mars 1991, précité.
[3] V. G. Viney, « Vers un élargissement de la catégorie des « personnes dont on doit répondre » : la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil », *D.* 1991, chron., p. 157.
[4] C. Godin, *Dictionnaire de philosophie*, Fayard, éditions du temps, v., Holisme.
[5] V., P. Duhem, *La théorie physique, son objet, sa structure*, Vrin, Histoire des Sciences, 1997.
[6] V., W. V. O. Quine, « Deux dogmes de l'empirisme », *The Philosophical Review,* 1951.

mais en corps constitué, on ne peut pas vérifier les hypothèses une par une, une expérience de physique ne peut pas condamner une hypothèse isolée mais seulement tout un ensemble théorique[1] ».

Analogie avec la procédure collective. Sur cette base et par analogie peut s'apprécier le holisme juridique de la procédure collective, qui s'applique à l'entreprise, à la personne et à son patrimoine. Cette forme de holisme fut développée par Hegel, à propos de la distinction entre droit public et droit privé, et pour qui « ce n'est pas le droit public qui se réduit au droit privé mais le pouvoir de l'universel qui est la source du droit privé[2]. Or, le holisme juridique est loin d'être une forme adaptée ou compatible avec nos valeurs, ne serait-ce qu'à la vue des dangers que ce modèle peut avoir sur la liberté des individus[3]. Force est de constater que le droit des procédures collectives correspond plutôt bien à ce modèle. C'est un droit complétement dérogatoire, par rapport au droit des contrats, des biens, de la responsabilité civile, des voies d'exécution, c'est aussi et surtout un droit de rapports, qui tente de concilier « un certain nombre d'intérêts divergents (…), en mettant l'accent sur la sauvegarde de l'entreprise[4] ». Il tend donc à mettre en place « une solution adaptée et pérenne pour le débiteur et son activité[5] ». Mais, le droit des procédures collectives est aussi un domaine où les réalités économiques et humaines résistent vigoureusement aux faiseurs de règles. Notre monde étant en pleine mutation, il ne permet pas de régler de façon durable le statut du débiteur défaillant[6].

Le droit des procédures collectives ne se réduit donc pas à ses procédures de prévention ou de traitement des difficultés ; mais à cette question globale, celle de la survie de l'entreprise. Or, cette question développe une action réaliste et visible[7] et met face à face l'universalité des moyens pour parvenir à cette fin et la réalité concrète d'une hypothèse à construire. En outre, la succession des réformes modifie l'appréhension du droit des procédures collectives, il n'est plus envisagé par ses facteurs juridiques, mais par sa globalité à laquelle s'associent des considérations économiques et sociales. Finalement, seul « compte le souci de préserver le

---

[1] C. Godin, *Dictionnaire de philosophie*, *op. cit.,* v., Holisme.
[2] V., G. W. F. Hegel, *La constitution de l'Allemagne*, éd., Champ libre, 1974.
[3] J.-C. Jobart, *L'individualisme en droit public français,* thèse, Toulouse 1, p. 937.
[4] M.-A. Rakotovahiny, « L'interposition de personnes dans les procédures collectives. Un autre regard sur l'interposition de personnes », *RRJDP*, 2009-1, p. 335.
[5] *Ibid*.
[6] V., M.-H., Renaut, « La déconfiture du commerçant, du débiteur sanctionné au créancier victime », *RTD com.,* 2000, n° 3, p. 534 et s.
[7] M.-A. Rakotovahiny, « L'interposition de personnes dans les procédures collectives. Un autre regard sur l'interposition de personnes », *op. cit*.

potentiel économique de l'entreprise[1] », quitte à malmener l'individualisme. La philosophie de ce droit se déplace donc sur la notion d'entreprise en tant qu'unité globale et autonome de vie économique, qu'il faut préserver. Quant à l'aspect juridique, le droit n'est utile que pour accompagner la finalité économique de la procédure collective[2].
Or, ces moyens ne cessent d'être modifiés, de sorte que de prime abord on pourrait penser que le droit des faillites ne peut pas répondre à ce qu'on attend de lui[3]. Mais écrire cela implique une approche réductionniste, telle que mise en évidence par l'habitude prise « de descendre dans les plus petits détails[4] », de sorte que si une situation n'a pas été « saisie dans ses moindres aspects, on se croit autorisé à dénoncer une lacune dans le système juridique[5] » ; et ne rend finalement pas compte de sa forme que nous défendons, holiste.

Si un modèle différent gouverne ces deux matières, cela ne signifie pas qu'elles ne puissent pas interagir. Au contraire, c'est l'apport de l'individualisme, qui consiste à faire dominer le subjectif sur l'élément objectif, de la responsabilité civile qui tentera de compenser la toute puissance du holisme juridique de la procédure collective. Cette compensation est possible en raison du lien qui unit les deux matières.

B : Deux matières liées l'une à l'autre

La preuve de leur liaison peut être apportée par l'exemple de la faute (**1**). Au côté de cette liaison matérielle, pourra être mise en évidence une liaison abstraite (**2**).

---

[1] M.-H., Renaut, « La déconfiture du commerçant, du débiteur sanctionné au créancier victime », *RTD com.,* 2000, n° 3, p. 563.
[2] V., G. Farjat, *Pour un droit économique*, *op. cit.,* p. 85.
[3] V., C. Tabourot-Hyest, « L'instrumentalisation du droit des faillites », *in Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 637 et s.
[4] J.-P. Sortais, « Vides juridiques, impasses juridiques et procédures collectives », *RTD com*, 2010, p. 267.
[5] *Ibid*.

1 : Un lien originel : l'exemple de la faute

Originel, le lien l'est assurément[1] puisque la question de l'articulation[2] entre Code civil et Code de commerce, de leur mise en concurrence[3], de leur influence[4] remonte à leur création respective, bien qu'on oppose classiquement les deux matières, en relevant que la matière civile consacre des règles communes alors que celle commerciale consacrerait des règles spéciales[5].

D'ailleurs, si « le droit commercial français ne peut se dire qu'avec la langue du Code civil[6] », dès la fin de la Seconde Guerre mondiale deux commissions furent mise en place pour réviser ces deux Codes. Si une réunion commune eut lieu en 1949 au cours de laquelle fut décidée la création d'un Code de droit privé, cette décision n'eut aucune suite car les deux commissions reprirent séparément leurs travaux. La recodification du Code de commerce en 2000, nous le savons, n'a pas formellement unifié les deux matières ; mais le droit des procédures collectives lui-même n'est-il pas un droit non-exclusivement commercial ?

Pour expliquer ce lien nous allons nous arrêter sur les origines de la faute (**a**) et de la faillite (**b**).

---

[1] V., D. Lefebvre, « Réflexions sur la distinction : droit civil et droit commercial », *in Droit et gestion de l'entreprise : Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou*, Vuibert, 1993, p. 188 et s., spec., p. 189.

[2] Le Code des obligations suisse a pu démontrer que les obligations civiles et commerciales ont pu être régies par des règles identiques.

[3] V., L. Leveneur, « Code civil, Code de commerce et Code de la consommation », *in 1807-2007 Le Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 81 et s.

[4] Ch. Lyon-Caen, « De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804 », *in Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 207 et s.

[5] L'article 1105 du Code civil dispose à cet effet que « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.
Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ». De même, l'article 18 du Code de commerce de 1807 disposait que « le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties ».

[6] M. Germain, « Le Code civil et le droit commercial », *in 1804-2004 Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 644.

a : Les origines de la faute

À Rome, parmi les délits civils issus du *ius civile*, on distinguait principalement entre l'atteinte à la personne (l'*iniuria*) et l'atteinte aux biens (le *furtum)*[1].
Prenons l'exemple du délit *damnum iniuria datum*. Sous l'Ancien Droit, sont contenus au sein de la loi *Aquilia*, un vaste éventail de délits. Or, le deuxième chapitre de cette loi traite particulièrement du créancier accessoire, appelé *adstipulator*, qui, en fraude du créancier principal, a fait remise de sa dette. Mais ce délit a perdu son intérêt lorsqu'on a vu dans l'*adstipulator* un mandataire du créancier principal ; c'est alors l'*actio mandati* qui, à présent, permettra d'obtenir réparation du préjudice causé.

Au Bas-Empire, sous Justinien, le contrat de mandat est qualifié de synallagmatique imparfait[2]. Dissociant alors la formation et l'exécution, deux actions peuvent être mises en évidence : l'une où le mandant a le bénéfice de l'action *mandati directa*, action infamante, pour exiger l'exécution du contrat ou réclamer des comptes ; l'autre, non infamante, où le mandataire ne peut obtenir que le remboursement de ses frais ou impenses et, à cette fin, une action *mandati contraria* lui est délivrée.
Juridiquement, la catégorie juridique du créancier accessoire a disparu et toute personne appelée dans les droits d'un créancier est en fait titulaire d'un mandat. Le préteur n'a alors plus besoin de passer par la loi *Aquilia*. Il appliquera l'action liée au mandat*, l'actio mandati.*
Ce deuxième chapitre perdant de son intérêt, l'évolution prétorienne portera alors sur les chapitres premier et troisième de la cette loi. Dès lors, ce seront les juges qui définiront, en interprétant ses termes, les éléments constitutifs du délit de *damnum iniuria datum*.
Le *damnum*, notion vaste, doit satisfaire à un certain nombre d'exigences. La principale étant celle d'avoir été causé *iniuria*, c'est à dire « contrairement au droit », sans droit. N'était alors pas exigée la présence d'un élément intentionnel, seule l'illicéité comptait. C'est à l'Époque classique qu'au côté de la notion d'illicéité, l'imputabilité fera son apparition. Dès lors, l'*iniuria* vise non seulement le caractère illicite du dommage, mais aussi l'imputabilité ou culpabilité. C'est ce dernier terme qui deviendra synonyme de *culpa*, de faute. À partir de ce

[1] Sur cette distinction, V. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis Dalloz-Droit privé, 2e éd., n° 610 à 615, p. 917 et s.
[2] V. A. Bénabent, *op. cit.,* n° 19, p. 15 ; L Aynès *et. al., op. cit.,* n° 412, p. 210 et n° 860, p. 453 ; F. Terré *et. al. Droit civil-Les obligations*, *op. cit.,* n° 66, p. 85.

moment, on ne considèrera plus seulement la simple causalité matérielle, on se placera sur le terrain de la responsabilité subjective[1]. Les interprètes ont pu alors parler de faute aquilienne[2].
À côté des délits civils romains, on trouve ceux qui sont le fruit d'une élaboration autonome et qui retiendront une solution au delà de la loi, dans le silence de la loi[3]. Ce sont les délits prétoriens, au titre desquels on trouve la *fraus creditorum*. Ce n'est pas tout à fait un délit, mais un moyen qui, en droit romain, tend à la révocation des actes frauduleux commis par un débiteur[4].
La *fraus creditorum*, comporte un élément matériel caractérisé par l'appauvrissement du débiteur. Or, cet appauvrissement peut causer un dommage aux créanciers, celui de provoquer ou d'augmenter l'insolvabilité du débiteur. Comment ? Par des actes matériels, comme des actes juridiques positifs, telle l'aliénation d'un bien par la vente, la donation, en contractant une dette fictive, en faisant à son propre débiteur remise de sa dette, voire des actes juridiques négatifs, des abstentions, comme par exemple le débiteur qui laisse prescrire une créance. Mais si le débiteur refuse de s'enrichir, cela n'est pas répréhensible. Au titre de l'élément intentionnel, celui-ci réside dans l'intention du débiteur de s'appauvrir, de dépouiller ses créanciers[5].

À l'Époque classique, les intérêts des créanciers munis d'un jugement, étaient essentiellement préservés par une procédure d'exécution sur les biens : la *venditio bonorum* (applicable à tous, commerçants et non commerçants) qui frappait d'infamie le débiteur. Mais, même dépouillé de tous ses biens, il pouvait ultérieurement reconstituer un actif. Ainsi, les créanciers qui ont été incomplètement désintéressés, pouvaient en principe poursuivre à nouveau le débiteur, sauf pendant un an, période au cours de laquelle le débiteur jouissait alors du bénéfice de compétence. Il profitait de ce bénéfice à perpétuité s'il faisait cession de ses biens ; en effet afin d'éviter une incarcération le débiteur avait la possibilité de recourir à la *cessio bonorum*. C'est cette cession qui permettra au débiteur d'obtenir le bénéfice de compétence, bénéfice qui, s'il revint à meilleure fortune, avait pour conséquence de n'être

---

[1] V. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, *op. cit.,* n° 618, p. 925.
[2] Souvent synonyme de « délictuelle », en souvenir de la loi *Aquilia*. V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* v. Aquilien.
[3] G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* v. Prétorien.
[4] Aujourd'hui codifié à l'article 1341-2 du Code civil. Ce dernier dispose : « Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ».
[5] Cass., civ. 1re 17 octobre 1979, (cassation) n° 78-10.564 : « la fraude, au sens de l'article 1167 (ancien) du Code civil, résulte de la seule connaissance qu'a eue le débiteur du préjudice qu'il causait au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité ».

jamais plus condamné à payer le reliquat de ses dettes que dans la mesure de ses moyens. Ainsi, le bénéfice de compétence prouve une certaine bonne foi du débiteur malheureux et vient à son secours. Donc, par le bénéfice de compétence, le débiteur paiera ce qu'il pourra payer (*in id quod facere postest*) et on lui laissera un minimum pour vivre. Notons que ce bénéfice de compétence sera restreint au Bas-Empire.

Finalement, la *venditio bonorum*, même si la procédure était lourde, constituait un réel progrès. Elle était individuelle quant à son déclenchement, mais le créancier qui en prenait l'initiative devait s'adresser à une autorité publique, le préteur, pour obtenir l'envoi en possession et mettre en place les organes de la procédure, désormais collective. Cette procédure évita le prix de la course, car tous les créanciers furent invités à se faire connaître et la distribution du prix se faisait par parts viriles. Cependant, lorsque le créancier prend l'initiative de la *venditio bonorum*, il doit veiller à ce que ses biens ne soient pas distraits par le débiteur, qu'il les conserve dans son patrimoine. Or, la tentation peut être grande pour le débiteur d'organiser ou d'altérer sa solvabilité. Sous Justinien, une voie d'exécution courante réprimera ce type de fraude : le *pignus ex causa iudicati captum* (saisie de gage en vertu d'un jugement). Elle se distingue nettement de la *venditio bonorum* en ce qu'elle permet la saisie et, suite à un délai de deux mois, la vente. Cette procédure est utile lorsqu'existe un seul créancier et que le débiteur est solvable. Le *pignus ex causa* se distingue, toujours à la même époque, de la *distractio bonorum*, mesure collective mise en œuvre en présence de plusieurs créanciers et d'un débiteur impécunieux. Ici, la *missio in possessionem* est conservée (lors de la procédure formulaire, le préteur, à la demande du créancier, procède à une mise en possession des biens du débiteur, par une saisie conservatoire en bloc (permet d'éviter les fraudes)), mais au lieu de recourir à la *venditio bonorum* (vente en bloc) de tout le patrimoine du débiteur avec intervention du *bonorum emptor* (sorte de liquidateur), on permet de procéder à la vente échelonnée des biens, en s'arrêtant lorsque le prix des ventes successives permet de payer les créanciers. Cette *distractio bonorum* subsistera seule au Bas-Empire et sous Justinien.

Suite à cette époque, le droit romain et canonique qui prescrivait de réparer les fautes, on aboutira dans l'Ancien Droit Français à une généralisation de la loi *Aquilia*. Ce n'est que vers la fin de cette période que les bases de la responsabilité civile commenceront à se construire. En 1804, le fondement de la responsabilité civile sera la faute, subjective, en d'autre terme l'imputabilité. La faute non-intentionnelle, mais aussi celle d'imprudence ou de négligence, seront prises en compte : « la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui

souffre[1] ». Le responsable, selon Bertrand de Greuille dans son rapport fait au tribunat lors de la séance du 16 pluviôse an XII, « tout ce qu'il a le droit d'exiger, c'est qu'on ne sévisse pas contre sa personne, c'est qu'on lui conserve l'honneur, parce que les condamnations pénales ne peuvent atteindre que le crime, et qu'il n'en peut exister que là où l'intention de nuire est établie et reconnue. Mais ce n'est pas trop exiger de lui que de l'astreindre à quelques sacrifices pécuniaires pour l'entière indemnité de ce qu'il a fait souffrir par son peu de prudence ou de son inattention. C'est dans ce défaut de vigilance sur lui-même qu'existe la faute.[2] ». Là est la racine de l'essor contemporain de la responsabilité civile[3].

b : Les origines de la faillite

Les Romains ont aussi construit les fondations des principes de la faillite moderne. Sur cinq siècles, on passera d'une pratique barbare (la vente du débiteur, de sa personne) à une exécution sur les biens du débiteur.

La loi des XII Tables, prévoyait une procédure afflictive contre le débiteur insolvable, une procédure de « mainmise sur le débiteur ». En effet, si après le jugement de condamnation le créancier ne recouvrait pas sa dette, il emmenait le débiteur dans sa prison privée, avec pour seule limite, l'obligation pour le créancier de le nourrir, sachant qu'il pouvait faire venir la nourriture de chez son débiteur. Cette action sur l'homme, afflictive car empreinte de chantage, de pression physique et morale, pouvait s'accompagner, si le débiteur ne payait pas dans les quinze jours, d'infamie, telle la promenade enchainée sur les marchés. Mais, pour éviter la réprobation publique, un parent ou ami du débiteur pouvait payer sa dette, dans les soixante jours. Ce délai dépassé, le créancier insatisfait pouvait se faire payer sur la personne du débiteur : vente comme esclave, l'utiliser comme esclave, le tuer et, s'il existe plusieurs créanciers, partager son corps par morceaux.

Dès la période classique, nous l'avons vu, un changement radical se profila. Le créancier pourra désormais se faire payer, non plus sur la personne du débiteur, mais sur ses biens. Si cette procédure de la *venditio bonorum* constitua un réel progrès, il ne faut pourtant pas se méprendre. Elle demeure une procédure lourde, longue et infamante. C'est une procédure qui se réalise par étape et dont la pression morale constituait le point d'origine : l'infamie frappait,

---

[1] A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIII, Ducessois, Paris, 1827, p. 474.

[2] V., *Recueil de lois composant le Code civil, avec le discours des orateurs du Gouvernement, les rapports de la commission du Tribunat et les opinions émises pendant le cours de la discussion*, Livre III, Tome V, Paris, Moreaux, 1804, p. 284.

[3] V. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, *op. cit.,* n° 640, p. 950.

à Rome, celui qui ne payait pas ses dettes[1]. Ainsi, le patrimoine du débiteur était vendu en totalité et l'acheteur se substituait à lui. En conséquence, à défaut de bénéfice de compétence, voire de *cessio bonorum*, le débiteur, tant qu'il ne payait pas ses dettes, sera amené à constituer des patrimoines successifs et s'il revient à meilleure fortune la procédure de faillite pourra lui être appliquée.

Certes à la mainmise sur la personne s'est substituée une mainmise sur les biens. Mais, comme la *venditio bonorum* est une procédure globale, la simple dette impayée, critère d'ouverture de cette procédure, était susceptible d'entraîner une faillite globale. La fongibilité du patrimoine atteint alors son paroxysme. Il faut donc encore attendre pour que l'évolution se fasse dans le sens d'une appréhension parcellaire du patrimoine du débiteur, par la procédure de la *distractio bonorum*.

La *venditio bonorum* à Rome ne constituait pas une matière spécifique au droit civil ou au droit commercial, puisqu'il n'y avait pas de distinction entre ces deux droits. Donc, aux délits civils romains fruits d'une faute, s'opposent les délits prétoriens qui peuvent être la conséquence d'une procédure d'exécution sur les biens du débiteur.

La responsabilité civile, cela se confirme, est un véritable outil de la politique juridique de la procédure collective.

2 : Un lien immatériel

L'appréhension de ce lien immatériel entre la politique juridique de la procédure collective et la responsabilité civile marque une certaine évolution intrinsèque, qui tend vers la préservation d'un objectif économique.

Or, la tendance aujourd'hui est d'appréhender la responsabilité civile comme un outil basique par lequel, les fautes qui ont été commises dans le cadre de la procédure collective, doivent en théorie être réparées. Jusqu'ici, la tendance a été de réduire le nombre d'action, de supprimer les présomptions, d'encadrer les actions, de les attitrer, de déresponsabiliser, de développer l'appréciation subjective, la proportionnalité, etc. Mais ce faisant, on ne prend pas en compte la globalité de cet impact.

[1] Une certaine infamie frappe encore aujourd'hui, dans certains cas, le débiteur. Ainsi, l'article L. 653-6 du Code de commerce dispose : « Le tribunal peut prononcer la faillite personnelle du dirigeant de la personne morale ou de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée qui n'ont pas acquitté les dettes mises à leur charge en application de l'article L. 651-2 ».

Alors, la justification de la conception extensive de la responsabilité civile ne peut se faire qu'eu égard aux principes fondamentaux du droit des procédures collectives et le dessein de réduire les cas d'engagement de la responsabilité civile doit se faire dans le respect de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, seule voie pour actualiser, nous le verrons, sa finalité.

Dès lors la question de la création du lien demeure. Or, ce qui fait le pont entre les deux matières est ce lien abstrait, immatériel, impalpable que le droit de la responsabilité civile reçoit volontiers du fait de son adaptabilité.

Nous avons alors un lien global induit par la procédure collective ainsi qu'un lien incident, particulier celui là, qui émane de la responsabilité civile, et qui actualise sa finalité, pour finalement être mis au service de l'efficacité juridique de la procédure collective.

Donc, le lien particulier n'existe que parce que la procédure collective insuffle un lien global, qui lui provient de sa finalité holistique induite par la politique économique.

Or, le lien immatériel, incident, qui relie la responsabilité civile à la procédure collective est la conséquence de son utilisation au sein du droit des procédures collectives.

La conséquence n'est pas neutre, elle ne réduit pas la responsabilité civile à un simple objet, puisque l'utilisation modifie sa finalité.

Finalement, à la question de savoir quelle place attribuer à la responsabilité civile au sein des procédures collectives, il nous faut répondre qu'elle possède une place de choix, puisqu'elle est un outil mis au service de la procédure collective, qui, par son rôle de composante, la fait évoluer.

La responsabilité civile a alors pour effet de contribuer à l'efficacité juridique de la procédure collective. Autrement dit, la double utilisation, cohérente et opportuniste, contribue à l'efficacité de la procédure collective.

Paragraphe 2 : L'utilisation incidente de la responsabilité civile comme outil de la politique économique

L'efficacité juridique de la politique juridique de la procédure collective a aussi pour objet, dans un second temps, de mettre à son service la responsabilité civile. La manière nous retiendra ici. Pour l'étudier, nous allons toujours prendre comme exemple celui de la faute.

L'utilisation de la faute par la politique juridique de la procédure collective démontrera son efficacité juridique. Pour ce faire il nous faut comprendre cet ancrage, en étudiant l'appréhension de la faute en droit de la faillite depuis son insertion dans le Code de commerce de 1807 (**A**) jusqu'à nos jours (**B**)

A : L'évolution du degré de la faute en droit de la faillite

Le droit de la responsabilité civile, qui n'appartient pas au seul Code civil, a pu être qualifié d'hypertrophique, d'hétérodoxe et d'entropique[1]. Qu'en est-il de la faute en droit de la faillite ?

La faute grave. Avec une origine pénale, la faillite, causée fortuitement ou par des fautes légères, ne constituait pas par elle-même un délit, elle n'entraînait pas une *poena* mais des incapacités diverses. Pourtant, avec le temps les mentalités changèrent et en 1807 le Code de commerce en son article 438 prévoyait que, si la faillite était accompagnée de « fautes graves », déterminées par la loi, le délit correctionnel de banqueroute simple était constitué. Ce délit impliquait comme élément matériel, des cas de banqueroute simple qui étaient rangés en deux catégories distinctes, suivant la marge d'appréciation laissée au juge.

D'une part on pouvait distinguer les cas où le failli devait être condamné comme banqueroutier s'il se trouva dans un ou plusieurs des cas suivants : si les dépenses de sa maison, qu'il est tenu d'inscrire mois par mois sur son livre-journal sont jugées excessives ; s'il est reconnu qu'il a consommé de fortes sommes au jeu ou à des opérations de pur hasard ; s'il résulte de son dernier inventaire que, son actif étant de cinquante pour cent au dessous de son passif, s'il a fait des emprunts considérables, et s'il a revendu des marchandises à perte ou au dessous du cours ; s'il a donné des signatures de crédit ou de circulation pour une somme triple de son actif selon son dernier inventaire[2].

D'autre part, il était des cas où le juge, même si la faute grave était constituée, pouvait ne pas prononcer les peines attachées à la banqueroute simple à l'égard du failli : qui n'avait pas fait au greffe la déclaration de la cessation des paiements dans les trois jours ; qui, s'étant absenté, ne se sera pas présenté en personne aux agents et aux syndics dans les délais fixés, et sans empêchements légitimes ; qui, aura présenté des livres irrégulièrement tenus, sans néanmoins

[1] V., F. Leduc, « Le droit de la responsabilité civile hors le code civil », *LPA* du 6 juillet 2005, n° 133, p. 3.

[2] V., article 586 du Code de commerce de 1807. Consulté sur le site http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56629t le 21 janvier 2016.

que les irrégularités indiquent de fraude, ou qui ne les aura pas présenté ; celui qui, ayant une société, n'aura pas déclaré sa cessation des paiements au greffe dans les trois jours[1].

La commission d'une faute grave entraînait donc une banqueroute dite simple, qui relevait de la compétence des tribunaux correctionnels. La faute grave, exception au principe civiliste selon lequel toute faute engage la responsabilité de son auteur indépendamment de sa gravité, et synonyme de faute lourde, se justifiait par l'existence de cas particuliers, eux-mêmes justifiés par des raisons particulières. Ces raisons tiennent selon nous au régime de réparation. Cette faute grave ne recouvrait pas une acception civiliste, car elle ne conduisait pas au paiement de dommages et intérêts de la part du débiteur, mais était constitutive de l'élément matériel du délit de banqueroute, dont l'effet pouvait conduire à une peine d'emprisonnement et à l'affichage de la décision.

Laissons de côté cette acception pénale, pour prendre en compte la faute dans son sens civiliste. Il nous faut alors envisager deux hypothèses, l'une originelle, l'autre introduite *a posteriori.*

La dureté des dispositions du Code de commerce. À l'origine, nous l'avons vu dans ce qui peut être considéré comme « la préhistoire de la dette[2] », les créanciers avait un droit *quasi* absolu sur leur débiteur. Dès le Code de commerce, la perspective s'inversa et se construisit alors peu à peu un droit des débiteurs. Napoléon Ier, face à la difficulté pour assurer la logistique de ses campagnes militaires et à la facilité avec laquelle les commerçants échappaient aux poursuites judiciaires en cas de faillite, seule procédure alors possible, fit introduire dans le Code de commerce des mesures extrêmement répressives et rigoureuses contre le failli, qui était présumé fautif. L'idée de sanction du débiteur est née, même si cette présomption pouvait être levée par la preuve de sa bonne foi. Mais du fait de cette rigueur excessive, la législation du Code n'était quasiment jamais appliquée et préférence était faite aux arrangements amiables ou à la fuite. Dans des cas extrêmes, pour éviter l'application de la législation, « préférence » était faite au suicide, souvenons-nous à ce propos de Balzac qui écrivait que faire faillite, était « commettre l'action la plus déshonorante entre toutes celles qui peuvent déshonorer l'homme[3] ».

---

[1] V., article 587 du Code de commerce de 1807. Consulté sur le site http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56629t le 21 janvier 2016.

[2] Sur cette expression, v., D. Desurvire, « Banqueroute et faillite-De l'Antiquité à la France contemporaine (1re partie) », *LPA* du 30 aout 1991, n° 104, p. 12.

[3] H. De Balzac, *Eugénie Grandet*, Le Livre de Poche, coll. Classiques, 1996, p. 147.

Un premier pas vers l'assouplissement en 1838. Paradoxalement, tout un système parallèle s'est formé hors le Code de commerce, « signe certain que la révision de la loi des faillites devenait urgente[1] ». L'urgence s'est certes manifestée après trente ans d'attente, mais fut réellement appliquée. La loi du 28 mai 1838 ou du 8 juin 1838 fit un premier pas vers l'assouplissement de la procédure. Notons seulement qu'au titre des dispositions transitoires, les faillites déclarées antérieurement à la promulgation de la présente loi continuèrent à être régies par les dispositions du Code de commerce, sauf en ce qui concerne l'article 527[2]. Or, cet article dispose que « ce jugement (clôture en cas d'insuffisance d'actif) fera rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles, tant contre les biens que contre la personne du failli[3] », par conséquent, il replace le débiteur à la merci de ses créanciers et fait revivre la contrainte par corps. Il faudra attendre la loi du 22 juillet 1867 relative à la contrainte par corps pour que celle-ci soit définitivement abolie en matière civile et commerciale.

Du commerçant fautif au commerçant malheureux. La « loi humanitaire[4] » du 4 mars 1889 modifia, dans le sens de l'adoucissement, l'esprit du droit des faillites. Au commerçant fautif ou malhonnête soumis à la faillite, cette loi lui oppose le failli malheureux, de bonne foi et qui peut bénéficier du régime de la liquidation judiciaire. Un lien se créa entre le sort des deux personnes juridiques, personne physique et morale.

La faute lourde. Une adaptation si fit entre les règles applicables à la faillite et celles relatives au droit des sociétés par le décret-loi du 8 août 1935[5]. Ce décret-loi permit aux industriels et aux commerçants de récupérer rapidement et à moindre coût ce qu'ils pouvaient tirer des faillites de leur débiteur. Cette condition de l'assainissement financier et du

---

[1] J. Percerou, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires-Volume 1*, éd., Rousseau et Cie 2e, Paris, 1935, p. 38.
[2] V., A.-F. Lainné, *Commentaire analytique de la loi du 8 juin 1838, sur les faillites et banqueroutes*, éd. Videcoq, 1839, p. 6 et s.
[3] V., M. Thieriet, *Code des faillites et banqueroutes, ou Recueil des travaux préparatoires de la loi du 28 Mai 1838, mise en conférence avec le Code de commerce de 1807*, éd. Ch. Hingray, Paris, 1840, p. 353.
[4] D. Desurvire, « Banqueroute et faillite-De l'Antiquité à la France contemporaine (suite et fin) », *LPA* du 2 septembre 1991, n° 105, p. 8.
[5] Décret-loi du 8 août 1935 portant application aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqueroute et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et d'administrer une société.

redressement économique[1], est importante pour l'évolution de notre matière car il y introduit la notion de faute lourde commise par le gérant, ou, devrions nous dire à la lecture de son article 10, « des fautes lourdes »[2], peu important qu'il fut toujours en fonction[3]. Au titre de la constatation de telles fautes lourdes, celles-ci relevaient de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation exerçant simplement un pouvoir de contrôle sur cette qualification[4]. Une question a pu se poser relative au régime juridique de cette action en déchéance du droit d'administrer ou de gérer. La Cour de cassation y a répondu dans un arrêt du 15 juin 1971, selon lequel, « dès lors qu'aucun texte spécial n'a prévu de délai plus court de prescription, cette action est une action en responsabilité fondée sur le droit commun de l'ancien article 1382 du Code civil et est donc soumis au droit commun de la prescription trentenaire[5] ».

Soumises au régime juridique du droit commun, reste encore à savoir ce que l'on peut entendre par « des fautes lourdes » ? Ainsi, ont pu être considérées comme telles, commises dans l'exercice des fonctions de gérant, dans une même espèce : la non tenue d'une comptabilité, le non paiement des dettes de la société, le fait de laisser prendre contre sa société un jugement de défaut la condamnant au paiement d'une somme d'argent et le fait de laisser dresser protêt pour un effet de commerce alors que la société est en cessation des paiements[6]. Aussi, la faute de gestion commise par un gérant a pu être considérée comme lourde puisqu' « en l'absence d'un capital social suffisant ou d'aides financières extérieures, il aurait dû s'abstenir de se « lancer » dans une entreprise aussi risquée et qu'il a, de la sorte, omis de prendre les précautions élémentaires qui s'imposaient[7] ».

Peut-on voir dans cette faute lourde une faute intentionnelle ? Nous ne le pensons pas car là où la faute intentionnelle justifie une réparation intégrale, la faute lourde en notre matière justifiait une sanction civile comme la déchéance du droit d'administrer ou de gérer[8]. Une faute lourde, de gestion, entraînait alors une incapacité.

---

[1] V., R. Savatier, *La réforme de la procédure de faillite et de liquidation judiciaire par le décret-loi du 8 août 1935*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1936, p. 1.

[2] L'article 10 du décret-loi du 8 août 1935 dispose : « Lorsqu'une société anonyme ou à responsabilité limitée est mise en faillite, les administrateurs et les gérants peuvent être frappés par le tribunal de commerce de la déchéance du droit d'administrer ou de gérer toute société si des fautes lourdes sont relevées à leur charge ».

[3] Cass., com., 25 mai 1961, rejet.

[4] Cass., com., 19 novembre 1968, rejet.

[5] Cass., com., 15 juin 1971, rejet n° 70-10.803.

[6] Cass., com., 15 juin 1971, rejet n° 70-10.803.

[7] Cass., com., 29 juin 1966, rejet.

[8] CA Colmar, 30 juin 1982 n° 1982-042949.

Le comblement de passif. Cinq années après l'entrée en vigueur du décret-loi, la loi du 16 novembre 1940[1] créa l'action en comblement de passif, applicable alors qu'aux seules sociétés anonymes. S'entrouvrit le voile de la personne morale, pour lutter contre l'indignation que suscitait l'immunité dont pouvait bénéficier certains dirigeants grâce au masque de ce type de personnalité juridique, le tout dans un souci de sévérité à l'égard du président et des administrateurs qui pouvaient dès lors endosser une partie des dettes de la société. L'article 4 de la loi, en ses alinéas 5 et 6, disposait que « (…) si la faillite ou la liquidation judiciaire de la société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal de commerce peut, à la demande du syndic ou du liquidateur judiciaire, décider que les dettes sociales seront supportées, jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, soit par le président, soit par les administrateurs membres du comité, soit par les autres administrateurs ou par certains d'entre eux, avec ou sans solidarité ».

« Pour dégager leur responsabilité, le président et les administrateurs impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié ». Au sein de cet article est présent un terme qui n'est pas inconnu du civiliste. En effet, le terme « impliqué » appartient aux conditions d'application de l'article 1er de la loi du 5 juillet 1985[2]. Or, sans faire d'anachronisme, pouvons-nous voir dans ces deux termes des synonymes ?

Aparté sur l'implication. L'« implication » de cet article 4 est assez ambiguë. Signifie-t-elle une implication dans la faillite, dans la liquidation judiciaire ou alors une implication dans l'insuffisance d'actif ? La présomption de responsabilité instituée par ce texte comporte à la fois une présomption de faute et une présomption de causalité entre la faute et le dommage[3]. Or, la faute est ici un acte de gestion auquel le dirigeant social n'a pas apporté toute l'activité et la diligence qu'il aurait dû et le dommage correspond à l'insuffisance d'actif. Alors, l'implication du dirigeant social non diligent ne peut qu'être la conséquence de l'insuffisance d'actif. Donc ici, l'implication est synonyme de causalité. *A contrario*, le terme implication, présent dans la loi de 1985, est exclusif de toute causalité. C'est ce qui ressort des débats parlementaires : « On ne devrait plus avoir à discuter du rôle

---

[1] Loi relative aux sociétés anonyme, J.O. du 9 septembre 1950, p.1398.

[2] Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. Son article 1er dispose : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur (…) ».

[3] Cass., com., 16 juillet 1981, rejet n° 80-12.722.

causal ou non, actif ou passif du véhicule, pour déterminer le champ d'application du texte[1] ». Or, l'implication, telle qu'elle est présente dans cette loi est elle aussi ambiguë. En effet, l'implication se réfère à l'accident alors que la causalité se réfère au dommage, de sorte que le véhicule pourra être impliqué dans un accident sans être la cause des dommages qui peuvent en résulter. Par analogie, le dirigeant social serait impliqué non pas dans l'insuffisance d'actif (le dommage) mais dans la faillite ou la liquidation judiciaire (l'accident), ce qui nous paraît contraire au texte de l'article 4.

Sur la présomption. Aussi, cet article pose une présomption de responsabilité et *a fortiori* une présomption simple de faute, bien qu'il faille distinguer entre la faillite et la liquidation judiciaire. En effet, la caractérisation de « la faute grave commise dans la gestion de la société[2] » n'est pas demandée en cas de liquidation judiciaire, alors que la preuve de ce type de faute est maintenue en cas de faillite pour condamner le président de la société à la sanction de la déchéance. Nous constatons alors un système dans lequel, en cas de faillite de la société, son président pouvait être soumis à cette sanction, sauf s'il prouvait qu'il n'eût commis aucune faute grave dans la gestion de la société ; et au remboursement des dettes sociales si la faillite faisait apparaître une insuffisance d'actif, sauf s'il prouvait qu'il avait apporter à la gestion toute l'activité et la diligence nécessaire. Ici, une double preuve d'absence de faute devait donc être rapportée. Dans le cas contraire, cette action en comblement apparaissait comme une double sanction. Alors que pour la procédure de liquidation judiciaire, seule une présomption de responsabilité pesait sur ce président, présomption simple susceptible de preuve contraire par l'apport à la gestion de l'activité et de la diligence nécessaire. Une seule preuve étant alors à apporter. Ainsi, le débiteur fautif ou de mauvaise foi fera l'objet d'une plus grande sévérité (dans l'absolu il devra apporter une double preuve) que le débiteur malchanceux (une preuve simple suffira).

Le comblement de passif étend son empire. Le décret-loi du 9 août 1953 étend, dans son article 2, aux sociétés à responsabilité limitée les dispositions prévues, par la loi du 16 novembre 1940, pour les sociétés anonymes. Ses dispositions permettent de mettre tout ou partie du passif social à la charge du ou des gérants de droit ou de fait de la société, de sorte que la personne morale n'abrite plus la personne physique qui devient responsable effective. Deux questions pouvaient se poser alors, la première, cette disposition s'applique-t-elle à des

[1] JO débats au Sénat, 11 avril 1985, p. 193.
[2] L'article 4, alinéa 3, de la loi du 16 novembre 1940 dispose : « Le tribunal de commerce peut, toutefois, l'en affranchir si le président prouve que la faillite n'est pas imputable à des fautes graves commises dans la gestion de la société ».

faits antérieurs au 9 août 1953 ? La seconde, cette règle met-elle en place une sanction nouvelle, en dehors de toute faute de gestion prouvée, de sorte que toute faillite ou liquidation judiciaire prononcée après ce décret pourrait entraîner la condamnation des dirigeants au paiement de tout ou partie du passif social ?

À la première question, il a été répondu par la négative. En effet, ce décret établissant une présomption légale touchant au fond du droit[1].

À la seconde, il a pu être argumenté que puisque la réparation décidée par le juge est sans rapport avec les conséquences d'une faute de gestion, l'action en comblement de l'insuffisance d'actif ne serait pas du tout une action en responsabilité fondée sur une présomption de faute, mais une sanction attachée à la faillite ou à la liquidation dirigée contre le ou les dirigeants de la société. Ainsi, ce décret devrait s'appliquer aux procédures en cours ; les gérants n'ayant aucun droit acquis à voir impunis leur mauvaise foi. Mais ce discours ingénieux ne pouvait triompher. Tout d'abord cet article 2 a été incorporé à l'article 25 de la loi du 7 mars 1925, charte de création de la société à responsabilité limitée[2], texte qui « consacre la responsabilité des gérants et se réfère au droit commun[3] » ; ensuite, ce décret du 9 août 1953 a pour objet d'étendre aux sociétés à responsabilité limitée, « en l'adaptant à leur structure propre, la réforme réalisée pour les sociétés anonymes par la loi du 16 novembre 1940, responsabilité qui n'a pas un caractère objectif et est basée sur une présomption de faute à la charge des administrateurs[4] ».

De ces lois de 1940 et de 1953, nous pouvons en déduire leur aspect transactionnel. L'obligation de réparer, de payer le passif social est justifiée par une présomption de faute mise à la charge du dirigeant. Ainsi, ces lois font présumer que la faillite de la société est due, sauf preuve contraire, à une mauvaise gestion. Le fondement est alors, sauf preuve contraire, un manquement aux obligations du dirigeant. La responsabilité des dirigeants reste donc fondée sur la faute.

Regain de sévérité. Mentionnons en aparté que le décret du 20 mai 1955 eut pour objet d'assainir les procédures de faillite, d'épurer ces procédures des débiteurs en état de cessation de paiement caractérisée. Nous revînmes alors à la situation qui était celle sous l'empire de la loi du 4 mars 1889, à savoir la distinction entre le commerçant malheureux qui

---

[1] CA Lyon, 7 novembre 1955, *D.* 1956, Jurisprudence p. 359, note P. Gervésie et *JCP* 1956, II, 9170, note D. Bastian.

[2] V., G. Lagarde, *Cours de droit commercial*, éd. Les cours de droit, Paris, 1965 et 1966, p. 286 et 610.

[3] CA Lyon, 7 novembre 1955, précité.

[4] *Ibid*.

ne devait pas être éliminé de la vie des affaires et celui en faillite, indigne donc interdit d'exercer le commerce, éliminé de la vie des affaires. Cependant, cette épuration méthodique pouvait emporter un manque de discernement entre les faillis : malchanceux mais économiquement récupérables ou incapables et indésirables[1].

Le comblement du passif généralisé. Cette action en comblement fut généralisée à l'ensemble des sociétés commerciales par la loi du 13 juillet 1967 qui sanctionna les dirigeants fautifs, sans anéantir les entreprises viables. La loi distingua l'homme de l'entreprise[2]. Dès lors, la procédure de faillite personnelle remplaça celle de faillite. Le débiteur ne fait plus l'entreprise, on assiste alors à une sorte de schizophrénie juridique, par laquelle le débiteur pourra être sanctionné dans le même temps que son entreprise tentera de se redresser. En outre, cette même loi ne fait plus aucune mention de la faute grave constitutive de la banqueroute simple, ni d'amalgame entre faute civile et délit pénal. Désormais, la banqueroute est un délit, identifié comme tel, et dont les effets figurent aux articles 402 à 404, ancien, du Code pénal.

La présomption de l'article 99. Au titre de l'action en comblement, l'article 99 de la loi reprend l'idée générale émise par l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 : une présomption de gestion fautive du dirigeant impliqué dans l'insuffisance d'actif, susceptible d'être renversée s'il prouve qu'il a apporté à la gestion des affaires sociales « toute l'activité et la diligence nécessaire[3] ». Se construit alors l'idée qui anime cette action en comblement du passif social et qui veut que puisque la personne morale est en cessation des paiements (le règlement judiciaire et la liquidation des biens supposent la cessation des paiements[4]), le passif exigible est supérieur à l'actif disponible[5]. Or, si la personne morale a cessé ses paiements c'est, selon l'esprit de la loi parce que les dirigeants n'y ont pas apporté « toute

---

[1] V., D. Desurvire, « Banqueroute et faillite-De l'Antiquité à la France contemporaine (suite et fin) », *op. cit*.

[2] V., R. Houin, *Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire : Étude des mécanismes : rapport de l'inspection générale des finances*, Sirey, p. 135.

[3] L'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 prévoyait que : « Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du syndic, ou même d'office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux.
(…)
Pour dégager leur responsabilité, les dirigeants impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires ».

[4] Article 1er de la loi du 13 juillet 1967.

[5] Cass., com., 14 février 1978, cassation n° 76-13.718, *D.* 1978, Informations rapides, note A. Honorat.

l'activité et la diligence nécessaire[1] ». De ce fait, les créanciers vont subir un préjudice, qui devra être réparé personnellement par les dirigeants, qui payeront tout ou partie du passif social, sauf s'ils prouvent qu'ils n'ont pas commis de faute dans leur gestion. Mais, cette preuve était difficile a apporter, surtout de la part de quelqu'un qui a échoué, d'où une idée de présomption, d'un rapport de causalité *quasi* irréfragable. Finalement, cette action constituait non pas une sanction découlant de la faillite, puisque ses dispositions étaient applicables sans qu'il soit besoin de déclarer le gérant en faillite, mais une action en responsabilité présumée[2]. Une action en responsabilité particulière, greffée sur la procédure collective ouverte contre la personne morale. Ainsi, pour échapper à cette présomption de responsabilité, le dirigeant devait prouver qu'il eut apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié[3]. En conséquence, la responsabilité du dirigeant sera engagée s'il a commis lui-même des fautes de gestion, tels des bilans inexacts et mensongers, l'absence de livre d'inventaires, le défaut de réunion des assemblées d'associés, la vente en dessous des prix de revient, l'emploi de matériels vétustes et de main d'œuvre inexpérimentée, la fabrication défectueuse[4]… Donc l'incompétence et la négligence étaient, à l'époque, des fautes de gestion.

La responsabilité sera aussi engagée si le dirigeant qui s'est désintéressé de ses fonctions n'a pas exercé sur d'autres dirigeants une surveillance suffisante[5] ; lorsqu'il a laissé à une autre personne le soin de gérer les affaires sociales, la qualité de prête nom ne pouvant être opposée aux tiers pour échapper aux responsabilités liées à des fonctions apparentes. Il en résulte que le second gérant ne peut invoquer, pour échapper à la présomption de responsabilité, les agissements malhonnêtes du premier l'excès de confiance et le défaut de surveillance constituent des fautes[6].

---

[1] Cass., com., 18 novembre 1968, cassation : « les administrateurs d'une société anonyme dont la faillite a fait apparaître une insuffisance d'actif, (…), doivent, pour dégager leur responsabilité, faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié », *D.,* 1969, p. 200.

[2] CA Paris, 2 décembre 1953, *RTD com.* 1954, p. 395, note R. Houin. Dans le même sens CA Douai, 1er décembre 1955, *D.* 1956, Jurisprudence p. 223, note F. Goré et CA Aix-en-Provence, 21 avril 1971, *D.* 1972, Jurisprudence p 164, note J.-P. Berdah.

[3] Cass., com., 17 novembre 1969, rejet, *D.* 1970, somm., p. 115.

[4] Cass., com., 19 juin 1967, rejet, *RTD com*. 1968, p. 144, note R. Houin.

[5] Cass., com., 19 janvier 1970, rejet n° 68-12.940, *D.* 1970, Jurisprudence p. 479, note G. Poulain.

[6] Cass., com., 24 mars 1965, rejet, *RTD com*. 1965, p. 901, note R. Houin.

La faute de gestion. Cette double présomption, qualifiée par la doctrine de « quasi irréfragable et fondamentalement inique[1] », fut abolie par la loi du 25 janvier 1985. Votée en période de crise, à un moment où le chômage s'aggravait, il fallait donner aux entreprises en cessation des paiements une chance de se redresser, indépendamment de l'intérêt des créanciers. Mais, au titre des responsabilités, son article 180 prévoyait que « lorsque le redressement judiciaire ou 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 les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux ». Selon M. Derrida[2], les solutions, tendant à sanctionner pécuniairement le comportement des dirigeants sociaux qui se dégagent de cette loi doivent être repensées. Le manque d'efficacité fut mis en avant. La double présomption ayant disparu, le demandeur doit alors apporter la preuve d'une faute de gestion[3] et sa contribution, non plus son implication, à l'insuffisance d'actif. Seules ont subsisté les solutions attenant à la réparation du préjudice, réparation partielle voire facultative, allégeant alors la part de responsabilité. Ce déclin de responsabilité ne serait pas justifié pour M. Derrida, le dirigeant soumis à une telle action serait mieux traité que celui qui a maintenu son activité *in bonis*. Notons, à propos de la contribution à l'insuffisance d'actif, qu'à l'origine le projet du gouvernement qui a abouti à la loi du 25 janvier 1985 ne contenait pas cette précision. Un amendement parlementaire évoqua les « fautes de gestion qui ont causé ou aggravé le passif ». Le gouvernement retint finalement le verbe « contribuer ». Le Garde des Sceaux de l'époque, M. Badinter, s'en expliqua : « il faut qu'il y ait faute et réparation des conséquences de la faute (…). Les fautes de gestion successives s'enchevêtrent au cours de la vie de l'entreprise et il est quasiment impossible d'établir le rapport direct (…) entre tel acte et telle conséquence (…). Si l'on écrivait « ayant causé cet insuffisance d'actif », on se heurterait pratiquement à une impossibilité de preuve, alors qu' « ayant contribué » signifie qu'il s'agit d'un des éléments intervenus dans le cadre de la création du passif. Le lien de causalité se trouve

[1] C. Champaud et D. Danet, « Responsabilité des dirigeants sociaux du fait de leur gestion. Règle du non-cumul entre comblement de passif et responsabilité de droit commun. Limites. », *RTD com*. 2000, p. 655.
[2] V., F. Derrida, « Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 (action en comblement d'insuffisance d'actif social) », *D.* 2001, n° 17, chron. 1377 et *LPA* 9 juillet 2001, n° 135, p. 6.
[3] Pour un exemple, v., Cass., com. 31 janvier 1995, rejet n° 92-17.733.

rétabli[1] ». Dès lors, le régime de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se rapprocha de celui de la responsabilité civile ordinaire, puisque désormais c'est au demandeur d'établir la faute du dirigeant et son effet sur l'insuffisance d'actif de la personne morale. La notion de faute de l'article 180 issu de cette loi est donc une notion circonscrite à celle de « faute de gestion » commise par le dirigeant. Deux précisions peuvent-être apportées. L'une au sujet de la notion de faute de gestion et l'autre à propos de son étendue.

Au titre de la notion, la faute de gestion est-elle une faute lourde comme celle prévue à l'article 10 du décret-loi du 8 août 1935 ? Nous avons vu que l'action en déchéance de l'article 10 était une action en responsabilité fondée sur l'article 1382, ancien, du Code civil, que les fautes lourdes devaient être commises dans l'exercice des fonctions du gérant, que la non-tenue d'une comptabilité associée à d'autres faits constituaient une faute lourde commise dans l'exercice des fonctions[2] et que la chambre commerciale de la Cour de cassation a, approuvant les juges du fond, pu considérer comme lourde la faute de gestion commise par un dirigeant[3]. Ainsi, pouvons-nous en déduire que la faute de gestion de 1985 n'est pas une faute lourde, mais qu'elle peut le devenir si elle revêt une certaine gravité et si elle a été commise dans l'intention de nuire.

Première tentative de définition de la faute de gestion. La faute de gestion est donc une combinaison entre un fait juridique, la faute, et une notion économique, la gestion. La difficulté sera donc grande pour cerner cette notion. Ce que nous pouvons d'ores et déjà affirmer est que la faute de gestion constitue un fait juridique illicite commis à l'occasion d'une activité particulière par une personne particulière, dans des circonstances particulières. Cette faute de circonstance sera alors appréciée, non pas *in abstracto*, ni *in concreto*, mais par une appréciation mixte puisque son analyse se fera au cas par cas, en considération de l'attitude du dirigeant par rapport au comportement normal d'un dirigeant placé dans la même situation.

L'étendue de la faute de gestion. S'agissant de son étendue, la faute de la gestion se rapproche de la notion connue en droit des sociétés civiles ou commerciales, de « faute commise dans la gestion ». Au titre des sociétés civiles, l'article 1850 du Code civil,

---

[1] JO débat Assemblée Nationale du 10 avril 1984, p. 1381 et 1382, cité par M.-C. Piniot, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Non cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives », *RJDA* 7/1995, p. 644.

[2] V., pour la seule comptabilité irrégulière : Cass., com. 11 décembre 2012, cassation n° 11-22.436. Dans cet arrêt de jurisprudence constante, il a été jugé que la non tenue d'une comptabilité constitue une faute de gestion.

[3] V., arrêt précité : Cass., com., 29 juin 1966, rejet.

issu de la loi du 5 janvier 1978[1], dispose que « chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion ». Pour les sociétés commerciales, l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966[2], codifié aujourd'hui à l'article L. 225-251 du Code de commerce, prévoit que « les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». Or, ces deux derniers textes visent, outre la faute de gestion, un autre chef de responsabilité : la violation de la réglementation en vigueur et la violation des statuts. Peut-on alors en conclure que la faute de gestion du droit des sociétés possède la même signification que la faute de gestion du droit des procédures collectives ? Il nous faut répondre par la négative et en déduire que la faute de gestion du droit des procédures collectives revêt un sens plus large que celle prévue en droit des sociétés *in bonis*, absorbant les comportements jugés fautifs par ce droit, de sorte que « constitue une faute de gestion, au sens de l'article 180 de la loi de 1985, le fait pour un dirigeant de ne pas avoir respecté les obligations légales de tenue d'assemblées générales et d'établissements des comptes annuels[3] ».

La répartition des sommes au marc le franc. Poursuivant notre étude chronologique, nous pouvons remarquer que si la loi du 25 janvier 1985 imposait de nombreux sacrifices aux créanciers afin de permettre le redressement de l'entreprise, et parmi ces sacrifices nous notons l'alignement de la situation des créanciers antérieurs, garantis, sur celle des créanciers antérieurs, chirographaires ; la loi du 10 juin 1994, promulguée suite à de nombreuses critiques émanant de la doctrine, a eu pour principal objectif de rééquilibrer les droits des créanciers titulaires de sûretés. Or, cette rectification transparaît au titre des sanctions. En effet, si cette loi n'apporte pas de grandes modifications, l'article 180, alinéa 3, issu de la loi de 1985 a été complété et précise désormais que les sommes versées suite à la condamnation du dirigeant à combler l'insuffisance d'actif de la personne morale, sont réparties entre tous les créanciers « au marc le franc », en cas de liquidation judiciaire ou de plan de cession. Seulement, ni le législateur, ni les débats parlementaires, ont précisé quels

[1] Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil.
[2] Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.
[3] Cass., com. 31 janvier 1995, cassation n° 92-21.548 : *RJDA* 7/1995, n° 902, p. 717 ; *Bull. Joly* 1995, n° 109, p. 341, note A. Couret (selon ce dernier la solution s'impose avec évidence) ; *Rev., sociétés* 1995, p. 763, note Y. Guyon ; *RTD com.* 1996, p. 543, note J.-Ph. Haehl.

étaient les créanciers visés par cette répartition égalitaire. Il semble qu'il faille y inclure les créanciers de l'article 40 de la loi de 1985[1], mais uniquement en cas de plan de cession, le plan de continuation dut maintenir le droit de priorité[2].
Par la suite, le droit de la responsabilité des procédures collectives sera remanié par la loi du 26 juillet 2005. Dans ses conclusions, la commission des lois avait décidé de « parachever la rénovation du régime des sanctions[3] ».

Une limitation de responsabilité prévue à l'origine en conciliation. Ce parachèvement se fit tout d'abord par la création d'une nouvelle action en limitation de la responsabilité concernant les créanciers ayant apporté abusivement leur soutien à l'entreprise défaillante. En effet, à l'origine, devait figurer un alinéa 2 à l'article L. 611-11 du Code de commerce, qui limitait cette responsabilité au cas d'un accord amiable. Le but aurait été de protéger certains créanciers contre les actions en responsabilité, puisque jusqu'à cette date, la responsabilité du créancier, notamment bancaire, pouvait être engagée dans les conditions du droit commun. Par exemple, « justifie sa décision une Cour d'appel qui retient qu'a commis une faute entraînant sa responsabilité dans l'aggravation du passif d'une société mise en liquidation des biens, une banque qui a continué d'accorder à une société dont il importe peu que la situation n'ait pas alors été irrémédiablement compromise, des crédits considérables et les a même accrus à certains moments, en méconnaissance des résultats d'une étude à laquelle elle avait elle même fait procéder et alors que n'apparaissait aucune contrepartie dans la gestion de l'entreprise. Décide à bon droit que la responsabilité de deux groupements d'intérêt économique qui ont accordé des facilités de trésorerie à une société mise en liquidation des biens ne peut être retenue quant à l'aggravation du passif de ladite société, la Cour d'appel qui, ayant constaté que la faiblesse du soutien financier accordé n'avait pas contribué sensiblement à l'aggravation du passif, a ainsi fait ressortir l'absence de lien direct et certain de causalité entre la faute alléguée et le dommage subi[4] ». Nous le voyons, par un concours financier trop

[1] L'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 dispose : « Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie. En cas de cession totale ou de liquidation ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés (…) ».
[2] V., J.-Ph. Haehl, « La réforme mesurée du droit des sanctions », *LPA* du 14 septembre 1994, n° spécial (110), p. 22, spéc., p. 23.
[3] J.-J. Hyest, Rapport « sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, de sauvegarde des entreprises », n° 335. Spéc., p. 19.
[4] Cass., com., 2 mai 1983, rejet n° 81-14.223.

prolongé, l'établissement de crédit pouvait contribuer à maintenir artificiellement l'activité déficitaire du débiteur, causant un préjudice tant au débiteur qu'à ses créanciers.
Alors, pour éviter que les personnes susceptibles d'aider financièrement l'entreprise, mais soucieuses de prévenir toute action contentieuse, s'abstiennent de lui apporter un concours financier alors que sa situation financière pourrait malgré tout être redressée, l'article L. 611-11, alinéa 2, proposait de limiter la responsabilité à deux hypothèses : la fraude ou le comportement manifestement abusif. Cette limitation ne devait s'appliquer qu'au cas où les concours auraient été consentis au débiteur dans le cadre d'un accord homologué. *A contrario*, l'action en responsabilité pouvait être exercée dans les conditions du droit commun lorsque le concours aura été apporté dans un accord n'ayant pas fait l'objet d'une homologation. Ce dispositif a été supprimé par l'Assemblée nationale, à l'initiative de sa commission des lois et avec l'avis favorable du Gouvernement, au profit de l'insertion d'un nouveau dispositif ayant un objet similaire mais plus circonscrit, inscrit à l'article 142 bis du projet de loi de sauvegarde dont le champ d'application couvrirait l'ensemble des procédures du livre VI du code de commerce.

Une exclusion de responsabilité adoptée pour les créanciers souteneurs. Ce nouveau régime de responsabilité est désormais défini en tête du titre V de ce livre, relatif aux « responsabilités et aux sanctions ». Cet article 142 bis, devenu l'article 126 de la loi de sauvegarde, introduit un nouvel article L. 650-1 au Code de commerce qui disposait alors : « les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.
Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles ». Au plan procédural, comme le demandeur doit prouver la faute de l'établissement bancaire cela met en évidence la nécessité de sécuriser la position des créanciers qui prennent le risque de soutenir un débiteur en difficulté. D'où une limitation de la mise en jeu de la responsabilité aux cas de fraude, d'immixtion caractérisée et de prise de garanties disproportionnées.

Une nouvelle action en responsabilité. Le législateur de 2005 créa une nouvelle action en responsabilité, l'obligation aux dettes sociales. *A priori* proche de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. *A priori* seulement car l'éloignement peut être mis en

évidence par les fautes à l'origine de ces actions en responsabilité[1]. Pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la notion de faute n'évolue guère car la condamnation suppose toujours la preuve d'une faute de gestion qui ait contribué à l'insuffisance d'actif. Nous l'avons vu, les principes de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif sont calqués sur ceux de la responsabilité civile : le demandeur doit apporter « la preuve d'une faute caractérisée, une faute grave n'étant pas requise, au sens d'une faute de gestion[2] ».

Au titre de l'obligation aux dettes sociales, le rapport Hyest mentionne la possibilité de condamner le dirigeant de droit ou de fait ayant commis une faute particulièrement grave expressément prévue par la loi[3], ayant contribué non pas à l'insuffisance d'actif mais à la cessation des paiements. Or, ce type de dommage et de lien de causalité nous les retrouverons lors de l'étude de la loi du 12 mars 2012[4]. Cet ensemble traduit, par la gravité des fautes, le caractère répressif marqué de cette action en obligation des dettes sociales, ce qui aurait pu permettre de consacrer en droit commercial français les dommages et intérêts punitifs à l'égard des commerçants ayant eu un comportement particulièrement déloyal[5].

Enfin, notons que la banqueroute, infraction délictuelle, est contenue aujourd'hui aux articles L. 654-1 et suivants du Code de commerce. Elle obéit au régime du droit pénal notamment au principe de légalité, les cinq cas de banqueroute étant limitativement énumérés par la loi.

---

[1] V., Ph. Roussel Galle, « Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP E*, 20 octobre 2005, n° 42, p. 1761.
[2] V., J.-J. Hyest, Rapport, *op. cit.*, p. 444.
[3] L'article 131 de la loi du 26 juillet 2005 prévoit ces fautes. Elles sont au nombre de cinq : « 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 ».
[4] L'article 2, qui introduit l'article L. 631-10-1 dans le Code de commerce dispose : « À la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur ».
[5] V., D. Voinot, « L'ouverture des procédures collectives – Ordonnance du 18 décembre 2008 et décret du 12 février 2009 », *Gaz Pal*. 7 mars 2009, n° 66, p. 10.

À contre-courant du contexte favorable aux entreprises, cette action en obligation des dettes sociales sera abrogée par l'ordonnance du 18 décembre 2008[1], clarifiant et simplifiant alors le régime des responsabilités.

On remarque alors une certaine évolution au titre de la gravité de la faute, cause de la responsabilité du dirigeant. De la faute lourde en 1935 à la faute grave en 1940, pour aboutir en 2005 à une « faute caractérisée au sens d'une faute de gestion ». Mais l'étendue de certaines fautes doit encore être précisée.

B : L'évolution de l'étendue de la faute

Cette évolution concerne l'applicabilité spéciale de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en matière environnementale (**1**) ainsi que la possibilité désormais de rechercher la responsabilité du dirigeant pour une faute commise lors de la procédure de redressement judiciaire (**2**).

1 : La faute caractérisée de la mère qui a contribué à l'insuffisance d'actif de sa filiale

Travail d'exégèse. La loi du 12 juillet 2010[2] dit « Grenelle II », par son article 227 II, créa au sein du Code de l'environnement, un risque juridique pour les groupes de sociétés. En effet, l'article L. 512-17 dudit code dispose que « lorsque l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce et qu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'Etat dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité ».

Arrêtons-nous sur les termes utilisés par le législateur. Ce qui est remarquable d'abord est la saisine du tribunal « pour faire établir l'existence d'une faute », on peut à ce propos se poser la question de la marge de manœuvre laissée juge. Possède-t-il encore une autonomie de jugement ou alors la matérialité de la faute est-elle automatique dès lors que les conditions de

[1] Son article 133 dispose : « Le chapitre II du titre V du livre VI qui comprend les articles L. 652-1 à L. 652-5 est abrogé ».
[2] Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

l'action sont remplies, ce qui semble alors objectiver la responsabilité. Ensuite, de manière assez paradoxale, la deuxième partie de phrase évoque la possibilité que cette faute ne soit pas établie, puisque les termes « lorsqu'une telle faute est établie » marque cette éventualité. S'agit-il d'une contradiction ? D'un côté le caractère automatique de la faute, de l'autre son éventualité. Nous ne le pensons pas. Les dispositions de l'article reflètent une certaine prospectivité dans la mesure où la procédure collective est déjà ouverte à l'encontre de la filiale et son insuffisance d'actif est liée à l'activité de la mère. Or, le lien nécessaire pour que la responsabilité de cette dernière puisse être engagée est la faute.
Un troisième élément est remarquable qui tient dans la grammaire de l'expression « pour faire établir ». Selon le Littré, le groupe « pour » suivi de l'infinitif est synonyme d'« à l'effet de » ; il implique donc une conséquence, une relation de cause à effet. À l'article L. 512-17, la cause est l'ouverture ou le prononcé de la liquidation judiciaire ; l'effet est l'établissement de la faute caractérisée. Or, la cause de la recherche de la faute ne peut pas être la procédure de traitement, en d'autres termes, la faute ne peut pas être une conséquence. La conséquence est le dommage qui résulte de cette faute. Pourquoi avoir tourné cet article de cette façon ? Le législateur semble avoir confondu la cause et l'effet de la condition, la cause et l'effet, de sorte qu'il faudrait réécrire cet article L. 512-17.

Une nouvelle rédaction possible ? Nous proposons la rédaction suivante : une société mère qui a commis une faute caractérisée à l'encontre de sa filiale (au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce), contribue à l'insuffisance d'actif de cette dernière lorsqu'une liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre. La preuve d'une telle faute est établie devant le tribunal ayant ouvert la procédure, saisi par le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'état dans le département. Lorsqu'une telle faute est établie, ce tribunal peut mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité.

Une action en responsabilité pour insuffisance d'actif qui ne répare pas l'insuffisance d'actif. Cet article possède des conditions d'applications strictes, et il associe surtout la responsabilité de la mère à l'insolvabilité de la fille. En outre, si aujourd'hui l'exploitant industriel est tenu en fin d'activité à une remise en état, par le démantèlement de ses équipements, la dépollution du site, la prise de mesures de surveillance environnementale, etc., avant 2010, la seule possibilité pour rechercher la responsabilité de la société mère était d'apporter la preuve d'une gestion de fait, au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce.

Désormais, c'est parce que la société mère a commis une faute particulière ayant entraîné l'insuffisance d'actif de sa filiale, qu'il sera possible de lui imposer le financement des mesures de remise en état du site. Nous le voyons bien ici, d'une part à la différence de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif où la faute de gestion doit avoir contribué à ce dommage, et qui, pour réparation du préjudice, impose un retour patrimonial non pas par équivalent mais au moins proportionnel, l'objectif premier du préjudice environnemental est d'être réparé non pas en versant des dommages et intérêts mais en imposant une réparation en nature. Finalement chacune des matières, chacune des finalités et chacun des objectifs de ces matières se ressentent sur la manière dont doit se réparer le préjudice subi par ces droits. D'autre part, la responsabilité de la société mère étant une responsabilité personnelle pour faute prouvée, comme pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, non une responsabilité du fait d'autrui ; nous assistons alors à un glissement du lien de causalité entre deux personnes juridiques identiques : la faute d'une personne morale a contribué au dommage d'une autre personne morale. Nous ne sommes donc plus dans la similarité avec l'action en responsabilité pour faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, où le lien de causalité s'apprécie certes entre deux personnes juridiques, mais entre une personne morale et une personne physique.

L'introduction de la faute caractérisée en droit des procédures collectives. Cet article L. 512-17 met en évidence une responsabilité pour faute. Le tribunal doit retenir l'existence d'une faute caractérisée commise au moins par la mère qui a contribué à l'insuffisance d'actif de la filiale. Cet article introduit donc dans le Code de l'environnement la responsabilité civile des dirigeants pour faute caractérisée, relevée par *obiter dictum* à l'occasion de l'affaire Métaleurop[1], et que le Code de commerce prévoirait, au sens du rapport Hyest, à l'article L. 651-2. Quel peut-être alors l'intérêt de l'article L. 512-17 ? Ne fait-il pas double emploi avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif prévue au Code de commerce ? Son intérêt serait de subordonner la responsabilité de la mère, actionnaire, à la preuve de sa faute, non à sa qualité de dirigeant ; qualité qui découlerait de la direction de fait[2]. Son intérêt serait aussi, et surtout, d'affranchir le droit de l'environnement de celui des procédures collectives. Si ce dernier est un outil de politique économique, le premier est

[1] Cass., com. 19 avril 2005, cassation n° 05-10.094, *D*. 2005, p. 1625, note A. Lienhard ; *Rev., sociétés*, 2006, p. 897, note J. Marotte et D. Robine ; *RTD com.* 2005 p. 541, note C. Champaud.

[2] V., M.-P. Blin-Franchomme, « De l' « évolution des espèces » : vers une responsabilité environnementale des groupes de sociétés », *RLDA* octobre 2009, comm. 2506, n° 42, p. 10, spéc., p. 15 et 16.

d'intérêt général, de sorte qu'il pourrait déroger au droit déjà dérogatoire des entreprises en difficulté.

Aussi, nous remarquons la qualification spéciale de la faute qui doit être mise à la charge de la société mère, celle d'une faute « caractérisée », faute particulièrement grave de l'actionnaire majoritaire. Or, l'adoption d'une telle qualification, complexe et imprécise[1], a fait débat jusqu'au vote de la loi. Tous les parlementaires étaient d'accord quant à l'exclusion de la responsabilité de plein droit des sociétés mères, mais seule fut exigée la preuve d'une faute simple. Seulement, devant l'Assemblée nationale, bien qu'« effrayés par l'audace du projet et invoquant à tout propos et hors de propos » le risque de délocalisation qui résulterait nécessairement de l'adoption d'un texte trop sévère[2], une qualification de la faute parut nécessaire. De ces échanges, fut proposé le recours à la faute intentionnelle ou à la faute caractérisée, voire un retour à la faute simple ; finalement c'est la faute caractérisée qui « l'emporta ».

Or, si la faute caractérisée est connue en droit pénal[3], elle ne l'est pas en droit civil ni en droit commercial[4]. Si nous raisonnions par analogie, la faute caractérisée de la société mère devrait être suffisamment grave mais non intentionnelle. Seulement, cette imprécision, cette méconnaissance n'est pas innocente, « dans un processus législatif marqué par la négociation permanente, elle était de celles qui permettent les compromis puisque chacun y trouve ce qu'il y met[5] ». Finalement, les juges y verront soit une tautologie dans la mesure où toute faute doit être prouvée ; soit le caractère « caractérisé » induira un degré, un « seuil[6] » de gravité que doit recouvrir la faute. Alors, ils s'appuieront sur un faisceau d'indices pour la mettre en évidence. Or, nous avons pu constater, à propos de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, que la faute de gestion serait aussi, selon le rapport Hyest une « faute caractérisée, une faute grave n'étant pas requise ». Cette ambivalence de la faute caractérisée participe pleinement à la difficulté d'appréhender la faute en droit des procédures collectives.

---

[1] V., T. Montéran, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859.

[2] V., G.-J. Martin, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II ») », *Rev., sociétés*, 2011, n° 2, p. 75.

[3] Nous reviendrons plus en détail sur cette faute à l'occasion de l'étude de la faute de gestion. V., *infra* « L'objectivation de la faute de gestion ».

[4] Notons que le terme « immixtion caractérisée » est présent à l'article L. 650-1 du Code de commerce.

[5] G.-J. Martin, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II ») », *op. cit.*

[6] Cass., crim. 8 janvier 2013, rejet n° 12-81.102.

Enfin, relevons que cette faute « caractérisée » doit avoir été « commise ». Nous pouvons alors en déduire sa nécessaire positivité matérielle. La faute caractérisée de la société mère n'est pas une faute d'abstention. C'est une faute matérielle de commission.

2 : La prise en compte des fautes du dirigeant en redressement judiciaire

Une action en responsabilité qui relèverait du droit commun. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif semblait, par le principe de non-cumul des responsabilités, immuniser le dirigeant contre une action en responsabilité en sauvegarde ou en redressement judiciaire. Mais, la loi du 12 mars 2012 changea la donne et, de ce fait, l'action prévue en liquidation judiciaire n'est plus le seul moyen de poursuivre le dirigeant dont les fautes ont contribué aux difficultés[1]. En effet, l'article 2 de cette loi crée un nouvel article L. 631-10-1 au Code de commerce qui dispose qu'« à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur ». Ainsi, si le maître de l'affaire, véritable dirigeant de la société en difficulté, est propriétaire d'éléments que cette dernière détient pour son compte, la mesure, utile[2], permettra de saisir à titre conservatoire ces éléments d'actif dont il aurait pu exiger la restitution avant qu'une décision judiciaire ne retienne sa responsabilité délictuelle, *a priori* « fondée sur l'article 1382[3] (ancien) du Code civil », dans la défaillance de cette société. Autrement dit, les biens pourraient faire l'objet d'une saisie judiciaire dans l'attente du jugement au fond sur la responsabilité du dirigeant, propriétaire, dans la défaillance de la société, de sorte que ce dernier ne pourrait pas en disposer. Cette action, fondée sur une faute serait une action en responsabilité de droit commun, puisqu'une faute simple semble suffire, nous verrons au titre suivant que ce ne n'est pas le cas.

---

[1] V., N. Pelletier, « De nouvelles mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire », *Bull. Joly* 1er mai 2012, n° 5, p. 424.

[2] Cette précision signifie-t-elle qu'il existe des mesures conservatoires inutiles ? Selon nous, celle-ci indique de manière implicite que la mesure doit être économiquement utile.

[3] Rapport n° 4411 du 28 février 2012, fait, sur la proposition de loi relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet, devant l'Assemblée Nationale par F. Guégot, p. 19.

La recherche de l'efficacité juridique. Il est aussi possible d'appréhender des actifs à l'égard de personnes qui seraient préjugées responsables avant même qu'une faute ne leur soit imputée et *a fortiori* avant qu'elles soient définitivement jugée[1].

Adoptée en réponse aux situations qui fragilisent les entreprises, « en raison de la crise économique et financière qui traverse la France[2] », cette loi, et nous l'avons constaté, fait de la procédure collective un outil de politique économique, adoptée pour garantir l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.

Selon le garde des Sceaux M. Mercier, celle-ci apporterait de nouvelles garanties à la compétitivité économique et à la maîtrise des risques juridiques, elle permettrait d'apporter une réponse concrète aux comportements de certains dirigeants qui organisent leur protection, au détriment de leurs entreprises, dans le but d'échapper à leur responsabilité personnelle ou d'organiser son insolvabilité[3]. Ces « nouvelles » mesures conservatoires, critiquées, notamment par M. Gorce en ce qu'elles contreviendraient à des principes juridiques[4], sont prises en théorie pour agir vite, dès le redressement judiciaire[5], et doivent avoir pour effet d'annihiler l'organisation de l'abandon de l'entreprise par son dirigeant et de le mettre face à ses responsabilités et obligations. Or, ces mesures conservatoires préventives ne sont que « l'accessoire d'une action en responsabilité au fond, (…) responsabilité au titre d'une faute ayant contribué à la cessation des paiements[6] ». Donc, le sort de la mesure conservatoire dépendra de celui de l'action en responsabilité.

Sur la faute du dirigeant qui a contribué à la cessation des paiements. Au titre de la faute, l'article L. 631-10-1 du Code de commerce se contente d'évoquer la « faute » sans qualifier, sans exiger un degré de gravité, sans exiger non plus un cadre de circonstances

---

[1] V., G. Teboul, « La nouvelle loi sur les mesures conservatoires en matière de procédures collectives : une loi de circonstance ou une sanction préventive ? », *LPA* du 2 mars 2012, n° 45, p. 5.

[2] V., les propos de M. Mercier, alors garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés : JO Sénat, séance du jeudi 1er mars 2012, p. 1758.

[3] *Op.*, *cit.,* p. 1759.

[4] Rapport n° 448 du 29 février 2012, fait, sur le proposition de loi relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet, devant le Sénat par J.-P. Sueur, p. 22.

[5] Notons que la possibilité d'ouvrir une action en responsabilité pour insuffisance d'actif en redressement voire en sauvegarde, partant de prendre des mesures conservatoires à ces différents stades fut prévue par la loi du 26 juillet 2005. C'est l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui est venue restreindre son champ d'application à la seule liquidation judiciaire.

[6] V., les propos de M. Mercier, alors garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés : JO Sénat, séance du jeudi 1er mars 2012, p. 1759.

particuliers ce qui risque de créer des contentieux sans fin et à l'issue incertaine[1]. À ce stade de l'étude disons simplement que la faute est le fondement de cette responsabilité et qu'en dehors de la liquidation, il est désormais possible d'ouvrir une action en responsabilité, devant le tribunal qui a ouvert la procédure ou devant une autre juridiction.
Pourtant, lorsque M. Mercier évoque le « comportement irresponsable de certains[2] », ou que Mme. Guégot évoque « les abus commis par certains[3] » ou les « comportements abusifs de ces tiers[4] » il nous semble que derrière cette expression de simple faute se cache en réalité une faute particulière, qui posséderait intrinsèquement une idée de gravité.

La « renaissance » du détournement de l'actif ? En outre, Mme. Benbassa revient sur les dispositions « post-loi » de sauvegarde qui ont aboutit à un déclin théorique de la responsabilité des dirigeants, et appelle de ses vœux un inversement de cette tendance, par cette loi de 2012. Selon la sénatrice, il faut « s'intéresser à nouveau aux salariés victimes de dirigeants fautifs ayant contribué à la cessation des paiements de l'entreprise[5] ». L'expression « à nouveau » est explicite, l'obligation aux dettes sociales ne permettait-elle pas d'intenter une action contre un dirigeant, notamment lorsqu'il avait « détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale » ?

Le lien de parenté incontestable avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. L'idée de ce dispositif s'apparente clairement, sans lui être tout à fait identique, à l'action pour insuffisance d'actif. Il s'agit en effet de rechercher une faute, qui sera en pratique une faute de gestion, imputable aux dirigeants.

L'effet « pervers » de l'article L. 631-10-1 du Code de commerce. Il nous paraît fort probable que l'administrateur ou le mandataire judiciaire raisonne a rebours d'où un certain effet « pervers » de cette nouvelle action en responsabilité. En effet, ces derniers ne vont pas intenter une action en responsabilité puis attendre que le président du tribunal ordonne une mesure conservatoire ; ils vont intenter une action en responsabilité pour que le

---

[1] V., Ph. Roussel Galle, « La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté », *JCP E*, n° 12, 22 mars 2012, p. 9, spéc., p. 10.
[2] V., les propos de M. Mercier, alors garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés : JO Sénat, séance du jeudi 1er mars 2012, p. 1759.
[3] Propos de F. Guégot *in* Compte rendu de la troisième séance de l'Assemblée Nationale du mardi 28 février 2012, p. 4.
[4] *Op., cit.,* p. 5.
[5] V., les propos de E. Benbassa, *in* JO Sénat, séance du jeudi 1er mars 2012, p. 1765.

président du tribunal ordonne une telle mesure, sans que cette action ait de véritables chances d'aboutir. Ainsi, la mesure conservatoire deviendrait l'objectif de l'action en responsabilité, il y aurait alors transformation de sa finalité, qui participe encore à l'efficacité juridique. Dans ce cas, peut-on encore parler d'action en responsabilité ? Ne faut-il pas réserver les sanctions à la liquidation judiciaire[1] ? Pourquoi pas à la seule liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif et ainsi créer une période transitoire pendant laquelle il serait possible d'intenter une action en responsabilité contre le dirigeant ?

Le décret d'application, s'il n'apporte aucune précision sur le régime de cette action, crée implicitement une hypothèse de responsabilité. Si la loi du 12 mars 2012 est muette sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par la « faute », son décret d'application[2], ne contient aucune précision quant à la faute prévue à l'article L. 631-10-1 du Code de commerce. Néanmoins, il instaure un nouveau cadre de responsabilité des mandataires de justice, car selon l'article R. 662-1-2 dudit Code, « les mesures conservatoires mentionnées aux articles L. 621-2, L. 631-10-1 et L. 651-4 sont mises en œuvre à l'initiative de l'administrateur judiciaire, du mandataire judiciaire ou, le cas échéant, du liquidateur ». S'ils ne prennent pas cette initiative, ils pourront voir leur responsabilité engagée.

Conclusion du chapitre

L'État tente de mettre tout en œuvre pour appréhender au mieux les difficultés des entreprises. Or, les objectifs législatifs présentés succinctement traduisent bien la volonté d'appréhender la politique juridique de la procédure collective comme un outil de politique économique. Cette volonté tend selon nous à s'exacerber aujourd'hui, au regard des réformes récentes, qui traduisent la volonté de lier encore davantage la procédure collective à la politique économique, de telle sorte que la première constitue véritablement un outil de la seconde. Par conséquent, les véritables remèdes à la faillite relèveraient de la politique économique. En exemple, les finalités des procédures collectives, si elles ne changent pas, évoluent. Elles évoluent dans le sens d'un rééquilibrage entre les droits des créanciers et des

[1] Comme le préconise G. Teboul, « La nouvelle loi sur les mesures conservatoires en matière de procédures collectives : une loi de circonstance ou une sanction préventive ? », *LPA* du 2 mars 2012, n° 45, p. 6.
[2] Décret n° 2012-1190 du 25 octobre 2012 pris pour l'application de la loi n° 2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet.

débiteurs. On perçoit alors une finalité économique des procédures collectives, pour laquelle il est nécessaire de mettre rapidement et efficacement fin à la procédure pour permettre le réinvestissement. Ainsi, l'utilisation qui en dépend construit l'efficacité juridique au service de la politique économique. Cette dernière englobe donc l'efficacité du droit des procédures collectives que nous avons mis en évidence au cours de la première partie.

Or, cette efficacité juridique, qui est une conséquence de la politique économique, non seulement permet de relier la responsabilité civile à la politique juridique de la procédure collective, mais démontre aussi son utilisation incidente par la politique économique. En effet, d'origine individualiste, le droit de la responsabilité civile tend à se tourner vers les seuls objectifs qui sont ceux du droit, à savoir l'utilité sociale et la justice limitée aux relations entre les parties au litige[1]. De l'individualisme de la responsabilité civile, on aboutit en quelque sorte aujourd'hui à une finalité utilitariste. Or, dès lors que la responsabilité civile est utilisée par la procédure collective, elle en est une composante, c'est à dire qu'elle est mise au service de son efficacité juridique. Donc, dans les rapports qui unissent les deux matières, l'une englobe l'autre. Le droit des procédures collectives étant un droit de la communauté plus qu'un droit de l'individu, nous pouvons l'envisager comme un holisme juridique. Donc, à l'individualisme de la responsabilité civile, fondée sur une faute, répond le holisme de la procédure collective.

En outre, l'efficacité juridique, parce qu'elle est la conséquence de l'utilisation de la politique juridique de la procédure collective par la politique économique, relie la responsabilité civile et sa politique juridique. De ce fait, la recherche d'un équilibre apparaît, rendu nécessaire par l'approche duale de ces deux droits et afin de limiter les conséquences du holisme de la procédure collective.

L'exemple de la faute, qui permet de relier la responsabilité civile à la procédure collective démontre que ce lien remonte à leur origine commune, ce qui nous a conduit à admettre qu'implicitement un lien immatériel unit ces deux matières.

Deux questions restent toutefois en suspens, la première est globale, et concerne l'incidence de l'efficacité juridique sur la responsabilité civile. La seconde à trait au fondement de la politique juridique de la procédure collective, c'est à dire le fondement de l'utilisation de la responsabilité civile pour garantir son efficacité juridique. Nous étudierons ces deux questions au chapitre suivant.

---

[1] V., G. Viney, « La responsabilité et ses transformations », *in Qu'est-ce que l'humain ?*, sous la direction d'Y. Michaud, Université de tous les savoirs, vol. II, Odile Jacob, p. 156.

Chapitre 2 : La construction de la fonction protectrice de la responsabilité civile

Un droit en crise. Il est d'actualité de dire que le droit de la responsabilité civile est à la recherche d'une remise en ordre[1]. D'aucuns ont pu parler de « crise[2] ». Crise globale, qui a trait à la place qu'occupe la responsabilité civile, crise particulière, quant à son fondement[3] et la place qu'occupe ou que doit occuper la faute. Cette crise de croissance[4], reste éloignée du domaine de la procédure collective, d'une part car relégué à la fin du Livre VI du Code de commerce, la responsabilité civile semble ne pas être la préoccupation principale du législateur, du moins jusqu'à aujourd'hui, et la question de son fondement ou de la réparation est extérieure au débat technique. On justifie habituellement le régime aménagé de la responsabilité civile, par la situation particulière dans laquelle se trouve l'entreprise en difficulté[5]. Il ne faut alors rechercher la responsabilité du dirigeant que si l'on n'a pas besoin de son concours pour la continuation de l'entreprise, alors que celle des tiers est volontiers engagée puisqu'elle représente un moyen aisé de reconstituer l'actif[6].

L'approche paradigmatique ou la nécessité de redéfinir la fonction de la responsabilité civile en droit des procédures collectives. Au fil de son évolution, la responsabilité civile aurait donc subit un affrontement de ses paradigmes. Le paradigme, tel que nous l'entendons ici regroupe les fonctions clés attachées au droit de la responsabilité civile.

---

[1] V., R. De Gouttes, « À propos des métamorphoses du droit de la responsabilité civile : à la recherche d'une remise en ordre dans le désordre actuel des normes », *Gaz. pal.* 15 et 16 février 2012, p. 5 et s.

[2] G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 33, p. 75. V., particulièrement F. Ewald, « responsabilité, solidarité, sécurité, La crise de la responsabilité civile en France à la fin du XXe siècle », *Risques*, avril-juin 1992, n°10, p. 9 ; E. De Givry, « crise de la responsabilité civile », *in Quelles perspectives pour la recherche juridique*, sous la direction de Y. Aguila, coll., Droit et Justice, PUF, 2007, p. 246 ; F. Terré, « Propos sur la responsabilité civile », *in La Responsabilité*, *A.P.D.*, 1977, Sirey, p. 37 et s.

[3] Sur ce point, v., L. Bach, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *RTD civ.* 1977, p. 17 ; R. Baruffolo, « La notion de fondement en responsabilité délictuelle », *RRJDP* 2010-1, PUAM, p. 131 et s ;

[4] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 11, p. 7.

[5] V., D. Voinot, *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 861, p. 317

[6] V., M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial – Entreprises en difficulté*, Dalloz, coll., Précis Droit privé, 7e éd., n° 1243, p. 761.

Le paradigme, concept mis en évidence par les travaux de Kuhn[1], pour qui la science, tel le droit[2] constitue un système dont par exemple la responsabilité civile permet d'en assurer l'efficacité. Il s'entend donc comme un cycle particulier, révolutionnaire au sens où une théorie imposera son cadre et son contenu pendant un temps déterminé, jusqu'à ce qu'un paradigme d'ordre supérieur vienne le remplacer[3]. Or, le paradigme, « dans le droit commun c'est un objet destiné à être ajusté et précisé dans des conditions nouvelles ou plus strictes[4] », de sorte qu'une fois la structuration terminée, on entre dans une phase paradigmatique dite normale. Mais Kuhn admet aussi que la science porte en elle un facteur de désordre propre à la faire entrer en période de crise. Et, parce qu'il n'existe pas de paradigme parfait et en réponse à cette crise, de nouveaux paradigmes apparaissent. C'est le cas pour la responsabilité civile. L'efficacité juridique du droit des procédures collectives crée pour la responsabilité civile un nouveau paradigme, qui donne accès à une nouvelle réflexion en permettant, notamment, d'intégrer en une théorie cohérente et équilibrée les connaissances anciennes et nouvelles. Donc, les paradigmes de la responsabilité civile seront, au contact de la procédure collective, influencés par elle, ce qui rend possible son évolution et la construction de théories nouvelles[5]. Néanmoins, nous ne prônons pas l'abandon des paradigmes originels, contrairement à Kuhn, simplement une juxtaposition, un cumul des finalités, ce qui permettra d'expliquer l'actualisation da la fonction de la responsabilité civile. Ici s'arrête donc l'analogie avec la théorie de Kuhn.

La fonction protectrice sera alors mise en évidence par l'interaction du système formé par la responsabilité et les procédures collectives (**Section 1**), ce qui nous permettra de dégager le fondement de cette fonction (**Section 2**).

---

[1] Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, coll. Champ, 2008.

[2] D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige Dicos-Poche, v., « science du droit ». Selon M. Tropeur, *lato sensu*, le droit est une science.

[3] V., C. Godin, *Dictionnaire de philosophie, op. cit.,* v., Paradigme.

[4] Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, coll. Champ, 2008, p. 45.

[5] V., G. Bourgeault, « La responsabilité comme paradigme éthique ou l'émergence d'une éthique nouvelle », *in Actualiser la morale, Mélanges offerts à René Simon*, Les éditions du Cerf, Paris, 1992, p. 80 et s.

Section 1 : La mise en évidence de la fonction protectrice

Le basculement des fonctions de la responsabilité civile. La responsabilité civile et les procédures collectives sont liées. Leur origine commune n'y est bien sûr pas étrangère et, si aujourd'hui ce lien originel semble avoir disparu, du fait des changements de paradigmes (on sanctionnait, désormais on répare pour le premier ; on sanctionnait, désormais on prévient pour le second), tel n'est pas le cas de son expression. Or, celle-ci amène justement à la construction d'une nouvelle fonction qui consiste à repenser le rapport qu'entretiennent ces deux matières.

Ce rapport, *a priori*, fait de la responsabilité civile un moyen pour parvenir à une fin. En effet, dans l'éventualité où la situation délicate dans laquelle se trouve l'entreprise ne serait pas due à l'intervention de forces économiques, mais à des dérives économiques, le rôle de la responsabilité, dès l'ouverture de la procédure, est que soit réparé le dommage causé par la faute du dirigeant, ou par la faute lourde du contrôleur ; si tel est le cas, par le créancier souteneur ; si un comportement incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales se manifeste, pour défendre un intérêt personnel. Finalement, par cette approche la responsabilité n'est que l'instrument de la réalisation d'une fin, et n'obéit qu'à la nature de la volonté de l'homme qui est d'agencer des moyens en vue d'une fin.

Mais, cette volonté nous semble dépassée aujourd'hui, du moins en droit des procédures collectives. En effet, la mise au service de la responsabilité à la politique juridique de ces procédures implique paradoxalement le basculement d'une logique économique, indemnitaire à une logique protectrice. Or, nous l'avons vu le droit de la responsabilité civile est construit, au sein des procédures collectives, sur une logique holiste valorisant prioritairement, par rapport à l'individu, l'efficacité juridique. Cela revient donc à étudier l'approche systémique de la politique juridique de la procédure collective.

L'approche systémique de la politique juridique de la procédure collective : interdépendance et cohérence avec la responsabilité civile. Cette approche s'intéresse à ce qui se joue au sein de ce système binaire, à sa logique, à ses finalités. La responsabilité civile et les procédures collectives forment un système où un certain nombre d'éléments interagissent pour poursuivre des finalités. Or, au sein de ces éléments sont organisés des sous-systèmes constitués de personnes : auteur et victime, créancier et débiteur, représentant et représenté pour lesquelles la politique juridique tend à la recherche d'un équilibre spécifique. Mais ce système global est davantage que la somme des éléments qui le

constituent, malgré la complexité des interactions qui les relient. Interdépendance et cohérence sont donc les maîtres-mots de cette approche systémique[1].

Or, nous nous trouvons actuellement dans une période de doute, de crise notamment financière qui impacte le droit du travail[2], le droit de la défaillance des entreprises et le droit de la responsabilité, dans son aspect détermination des responsables. Cette période favorisant le creusement des inégalités, il est nécessaire de prévenir tout risque de défaillance systémique. Il faut que qu'il y ait une interaction dans le système formé par le binôme « responsabilité civile et procédures collectives », pour que soit garantie l'efficacité juridique du droit des procédures collectives. Cette interaction implique une double influence. Celle de la procédure collective sur la responsabilité civile (**Paragraphe 1**) ainsi que celle de la responsabilité civile sur la procédure collective (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'influence de la responsabilité civile sur la procédure collective

Le droit de la responsabilité civile est, classiquement, investie d'une double fonction, normative et indemnitaire[3].
Si en droit commun le déclin de la fonction normative (**B**) est contrebalancé par le regain et la primauté de la fonction indemnitaire (**A**), due notamment au développement de la responsabilité objective. Dans le cadre de notre matière, c'est l'inverse qui est constaté puisqu'il faut défendre l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.

A : La remise en cause de sa fonction indemnitaire

Exprimée par le Conseil constitutionnel[1], cette fonction a entraîné une objectivation de la responsabilité civile. Centrée sur l'idée de solidarité, elle « ne tend ni à punir, ni à faire

[1] V., J.-A. Malarewicz, *Gérer les conflits au travail, Développez la médiation face aux risques psychosociaux*, Pearson, coll. Village Mondial, 2e éd., 2011, p. 18 et s.
[2] L'article 67 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels a modifié l'article L. 1233-3 du Code du travail relatif à la définition du « motif économique » présent dans l'expression licenciement pour motif économique. Ce motif économique, cause du licenciement est consécutif « à des difficultés économique ».
[3] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 12, p. 9.

cesser l'illicite, c'est le préjudice qu'elle concerne. Mais ce préjudice elle est impuissante à l'effacer pour le passé, à en tarir la source pour l'avenir (…) La réparation, qu'elle soit en nature ou en argent, ne peut pour sa part que compenser le préjudice[2] ».

Une réparation en principe intégrale. Aujourd'hui, la fonction réparatrice est considérée comme l'objectif essentiel de la responsabilité civile[3]. Tournée vers le présent, elle consiste en la résorption du trouble social qui, si l'on se place du côté de la victime doit être en théorie intégralement prise en compte. En théorie seulement, car pour les dommages pour lesquels il est délicat de fournir une évaluation pécuniaire, comme le dommage corporel, le caractère intégral de la réparation n'a pas beaucoup de sens. Il n'en a pas non plus pour les cas où la réparation intégrale est écartée, ou lorsque l'on prend en compte la faute de la victime.
La réparation est intégrale car proportionnelle entre le dommage et sa réparation.
Légalisée en matière de responsabilité contractuelle à l'article 1231-2 du Code civil, et jurisprudentialisée[4], cette règle n'est explicitée par aucun texte en matière délictuelle.

Inadaptation du principe pour la réparation de la faute de gestion. Conçu comme un idéal d'équité, ce principe a pour but de permettre aux victimes d'obtenir une « compensation efficace des préjudices subis du fait des tiers[5] », entendus comme « le fondement nécessaire et suffisant de la réparation[6] ». Or, cette efficacité passe par la prise en compte prospective de l'évolution de ce préjudice. Si cela semble tout à fait justifié pour l'indemnisation d'un préjudice corporel, au delà des difficultés d'évaluation, avec séquelles ou non ; nous doutons de la justification pour un préjudice qui résulterait de la faute de gestion d'un dirigeant social. Ici, la victime n'est pas une personne physique mais l'entreprise de sorte que la réparation et ses suites entrent dans son patrimoine et n'est pas destinée à son sauvetage mais au paiement des créanciers. Ainsi, si on devait prendre en compte dans la réparation de cette faute les besoins réels et futurs de la victime, non seulement il faudrait

---

[1] Cons., const. 11 juin 2010, *Vivianne L*, QPC n° 2010-2, considérant 11 : « considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».
[2] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, p. 267.
[3] G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 36, p. 77.
[4] Par exemple, Cass., civ. 2e 25 mai 1960, cassation.
[5] G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, Traité de droit civil, LGDJ, 3e éd., 2010, n° 58, p. 157.
[6] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1974, p. 69.

prévoir le paiement des créanciers, de tous les créanciers mais aussi la recomposition de tout l'actif du patrimoine de l'entreprise, première victime de cette faute de gestion. Or, il est évident que cette solution est totalement impossible et non souhaitable économiquement puisqu'étranger à la défense de l'efficacité juridique. Sauf à faire couvrir la faute par l'assurance, ce qui est loin d'être le cas en pratique notamment pour les très petites et moyennes entreprises.

Finalement, la principale difficulté est que la réparation intégrale ne prenne pas en compte les facultés contributives du responsable, d'où la limite selon laquelle l'indemnisation des victimes de dommages est loin d'être un objectif absolu[1]. Pour s'en convaincre, prenons l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Le tribunal, selon l'article L. 651-2 du Code de commerce « peut (…) décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou partie, par les dirigeants de droit ou de fait (…) ». Même si l'ensemble des conditions de mise en œuvre de la responsabilité sont réunies, le tribunal est libre de prononcer ou non la condamnation du dirigeant. Cette action aurait pour fondement « non la sanction d'un dirigeant incapable mais la réparation du dommage subi par les créanciers incomplètement payés en raison de l'insuffisance d'actif social[2] ».

Modification de la fonction de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Cette action fait fi de ce principe pour des raisons liées à la défense de l'efficacité du droit des procédures collectives. Mais ce faisant, il faudrait ôter à cette action tout objectif uniquement indemnitaire, ce que récuse pourtant la jurisprudence commerciale[3].

Quoi qu'il en soit, le particularisme de cette action est que la réparation soit facultative et que, dans l'hypothèse où elle est ordonnée, elle peut ne concerner qu'une partie ou la totalité du préjudice constitué par l'insuffisance d'actif.

Le résultat final trouverait donc sa raison d'être « dans le jugement porté sur la gravité de la faute ou sur le lien de causalité que le juge aura bien voulu retenir ou ne pas retenir[4] ». Alors, lorsque le juge condamnera à la réparation intégrale de l'insuffisance d'actif, entendue comme le montant maximum auquel le dirigeant peut être condamné, ce sera parce que la faute est

---

[1] V., B. Girard, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, thèse, LGDJ, 2015, Bibliothèque de droit privé, tome 562, n° 45, p. 58.

[2] M. Bourrié-Quenillet, « La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif », *JCP G* 18 février 1998, I, n°112, p. 319.

[3] La jurisprudence a affirmé de façon péremptoire que « l'évaluation de l'insuffisance d'actif mise à la charge du dirigeant qui a commis des fautes de gestion a un caractère indemnitaire » : Cass., com. 7 juillet 2004, rejet n° 02-15.208.

[4] M. Germain, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », *in 1807-2007 le Code de commerce-Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 250.

une cause du préjudice, mais avec un certain caractère de gravité. Ainsi, dès lors que la société n'a aucun actif, que ses dirigeants « ont continué l'activité sans paiement des cotisations sociales et des impôts, qu'ils n'ont pas fait de déclaration de cessation des paiements bien que la société était manifestement hors d'état de faire face à son passif exigible puisqu'elle ne payait même pas les échéances du plan, (…), ces fautes ont contribué à créer l'insuffisance d'actif[1] » et les gérants sont condamnés à le supporter. Donc, « 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 sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles[2] ». En bref, « le seul fait que le dirigeant ait commis une faute même si elle n'est à l'origine que d'une partie de l'insuffisance d'actif, permet de le condamner à en payer l'intégralité[3] ».

Alors que, « lorsque les autres causes de l'insuffisance d'actif relèvent d'événements extérieurs ou du comportement d'autres personnes que le dirigeant, le tribunal se bornera à ne condamner le dirigeant poursuivi qu'à supporter une partie de l'insuffisance d'actif[4] ». Des éléments extérieurs au dirigeant peuvent donc, effectivement, avoir un effet exonératoire permettant de limiter sa réparation, preuve en est avec le large pouvoir souverain d'appréciation conféré aux tribunaux qui « permet de moduler et d'adapter leur décision en fonction du comportement du dirigeant ou des circonstances extérieures[5] ».

---

[1] Cass., com. 21 juin 2005, rejet n° 04-12.087, *JCP E* n° 36, p. 1283 ; *JCP G* 2005, n° 31-35, IV, 2846.

[2] Cass., com. 21 juin 2005, rejet n° 04-12.087, précité. V., aussi Cass., com. 31 mai 2011, rejet n° 09-67.661, *Rev. sociétés* 2011, p. 521, note Ph. Roussel-Galle ; *Dr. sociétés* 2011, n° 11, comm.200, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, comm.199, note A. Martin-Serf ; *JCP E* 2011, n° 37, p. 1655, note B. Dondero et A. Couret ; *Act. proc. coll.* 2011, n° 13, note J.-C. Pagnucco ; Cass., com. 11 octobre 2011, cassation n° 10-20.423, précité.

[3] C. Delattre, « Les actes préparatoires à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (articles L. 651-4 et R 651-5 du Code de commerce) », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, étude 2, p. 14. L'auteur prend l'exemple de l'arrêt rendu le 27 février 2007 par la chambre commerciale (cassation n° 06-13.649). Ici la faute consistait pour le créancier à avoir fautivement retardé l'ouverture de la procédure collective de son débiteur. Il est alors tenu de réparer l'intégralité de l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a ainsi contribué à créer.

[4] A. Martin –Serf, *J.-Cl., sociétés*, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises – Effets à l'égard des dirigeants sociaux – Sanction patrimoniale. Conditions d'exercice et résultats de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », Fasc 41-52, n° 76.

[5] M. Bourrié-Quenillet, « La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif », *JCP G*, 18 février 1998, I, n°112, p. 323.

La réparation mesurée du côté des créanciers. L'appréciation de la réparation, requiert une protection particulière pour les créanciers afin d'éviter de les dissuader d'apporter leur concours.

Peut-elle passer par la possibilité de cumuler la réparation de droit commun et la celle spécifique du droit des procédures collectives ?

Non, l'action spécifique de la loi de 1985 exclut l'action de droit commun de la responsabilité civile[1], ce qui témoigne du refoulement de la fonction réparatrice de la responsabilité[2].

Peut-elle passer par l'information du juge quant à la situation patrimoniale du dirigeant ?

La question se pose car où se trouverait l'utilité pour le créancier d'obtenir la condamnation du dirigeant au paiement de l'insuffisance d'actif s'il n'est pas en mesure d'y contribuer. Peut être se trouve-t-elle dans la sanction attachée à son abstention dans le règlement du montant.

Dans l'hypothèse de l'inexécution de la décision de justice, l'astreinte qui est admise par exemple dans l'action en concurrence déloyale, ne le semble pas ici dans la mesure où un texte spécial prévoit une sanction qui semble, *a priori* plus efficace[3]. En effet, en cas d'inexécution de la condamnation à combler l'insuffisance d'actif, le tribunal a la possibilité de pallier à cette inexécution en prononçant deux mesures : la faillite personnelle[4] ou l'interdiction de gérer[5].

Ces mesures, tendent, contrairement à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, à éloigner, au moins temporairement, le fautif de la vie des affaires. Par là elles possèdent un aspect rétributif indéniable.

Seulement, la faillite personnelle est une sanction qui n'a aucune incidence patrimoniale directe, donc le dirigeant qui ne paye pas « s'en sort pas trop mal[6] ». En outre, si le juge prononce, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, cette mesure est moins lourde que la faillite personnelle et peut être limitée à la gestion de certaines entreprises. Par exemple, un gérant

---

[1] Cass., com. 28 février 1995, cassation n° 92-17.329, précité.

[2] V., M. Germain, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », *in 1807-2007 le Code de commerce-Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 255.

[3] Mais en pratique ce sera rarement le cas en raison du point de départ du délai de prescription de la faillite personnelle. V., CA Versailles, 13e ch. 24 septembre 2015, n° 15/03435, *JCP G* 2016, n° 12, p. 1170, note C. Delattre ; *Dr. sociétés* 2016, n° 2, comm.36, note J.-P. Legros.

[4] V., article L. 653-6 du Code de commerce.

[5] V., article L. 653-8 du Code de commerce.

[6] O. Bouru *et al.,* « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? », *Rev. proc. coll.,* septembre 2009, n° 5, entretien 2.

d'une société en liquidation subissant une interdiction de gérer toute entreprise commerciale ou artisanale pourra, pendant la période de cette condamnation, adopter par exemple le statut d'auto-entrepreneur[1].

La question se pose également car connaître la capacité financière permet non seulement d'adapter la contribution mais aussi et surtout d'« assurer » la prise en charge de l'insuffisance d'actif et *a fortiori* le paiement des créanciers ; finalement cela participe bien à la défense de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.
Mais, pour adapter la réparation l'article L. 651-4 du Code de commerce permet la levée du secret professionnel, notamment bancaire. Cela aurait été moins contestable si cela avait conduit à avantager le détenteur du compte bancaire visé, mais tel n'est pas le cas.

Finalement, la fonction réparatrice ne constitue pas le cœur des exigences des effets de la responsabilité civile dans les procédures collectives. Pour preuve, l'article L. 651-2 du Code de commerce qui se tourne davantage vers la sanction d'une mauvaise gestion du dirigeant que vers l'indemnisation des créanciers de la société victimes de l'insuffisance d'actifs[2].

B : La valorisation de sa fonction normative

Une fonction liée à la fonction réparatrice. Le rôle de la responsabilité civile est de « normer » les comportements, par l'application de la loi. La fonction normative de la responsabilité civile est donc censée compléter le dispositif indemnitaire. En effet nous dit M. Mekki, « la responsabilité civile doit en principe remplir une fonction morale de rétribution et une fonction sociale de régulation des comportements en imputant le dommage au débiteur de la réparation, que ce soit sur le fondement de la faute ou sur celui du risque. Moralement, cette responsabilité individuelle assure le châtiment du responsable. Socialement, elle est un guide pour le bon citoyen en maintenant un équilibre entre liberté et devoir[3] ». Alors, dès que la charge indemnitaire n'est plus assumée par l'auteur de la faute, cette fonction normative n'est

[1] CA Paris, Pôle 5, Ch. 8, 7 septembre 2010, n° 10/00299, *Dr sociétés* 2011, n° 6, comm.118, note J.-P. Legros ; *RJDA*, Janvier 2011, n° 70 et 71.
[2] V., C. Lisanti, « La responsabilité patrimoniale des dirigeants de société objet d'une procédure collective », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Prieur*, LexisNexis, 2014, p. 192.
[3] M. Mekki, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA*, 12 janvier 2008, n° 8, p. 3.

plus assurée. S'opère alors un lien entre la prévention et la sanction. La responsabilité civile sanctionne une faute et dissuade quiconque de la poursuivre. Ainsi, la dissuasion s'entend comme la prévention des comportements. Donc ici, le volet moral de la fonction normative « recoupe la dimension dissuasive de la prévention tandis que le volet social n'exprime pas autre chose que la dimension incitative de la prévention[1] ».

Une fonction à contre-courant du droit commun. Cette fonction normative, qui primait à l'origine en droit commun, décline aujourd'hui. Le recul de la faute en est la raison. Alors que pour notre matière, d'une sévérité pour le dirigeant au titre de l'action en comblement en 1935 et en 1967, à la clémence dès 1985, « la situation des dirigeants sociaux conduit (…) à valoriser le rôle de la fonction normative de la responsabilité et à restreindre le rôle de sa fonction réparatrice[2] ». De ce fait, peut-on constater une « tendance fâcheuse à oublier la contribution à l'insuffisance d'actif[3] », pouvant amener à une « étrange indulgence[4] » au profit du dirigeant d'une société en difficulté par rapport notamment à celle qui demeure *in bonis*. Cette fonction normative se retrouve donc au travers des actions en responsabilité de la procédure collectives. Ainsi, L'article L. 631-10-1 du Code de commerce emploie une formule montrant que l'objectif de punition coexiste avec celui de prévention. L'action de la victime doit permettre d'aboutir à la condamnation du dirigeant à réparer le préjudice pour que soit ordonnée des mesures conservatoires contre lui. L'auteur fautif doit donc assumer sa part de responsabilité et partant la fonction de la responsabilité qui est exercée sur l'auteur est une fonction normative, destinée à punir et à prévenir les comportements dommageables.

De même, pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faute est l'élément central de l'appréciation du juge dont sa sensibilité à la sanction prime sur la réparation. D'où l'idée que la responsabilité, qui provient de la faute, permet au juge de sanctionner son auteur. Mais elle n'en constitue pas le seul fondement puisque « le dirigeant d'une société qui, par ses fautes, l'a mené à la faillite devrait avoir à en répondre tant parce que la morale le commande

---

[1] C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile – Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, n° 307, p. 175.

[2] M. Germain, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », *in 1807-2007 le Code de commerce-Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 246.

[3] M. Germain, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », *op. cit.*, p. 247.

[4] F.-X. Lucas, « Responsabilité pour insuffisance d'actif, une étrange indulgence », *Bull. Joly* 1er juin 2015, n° 6, p. 265.

que parce que les victimes de sa mauvaise gestion doivent pouvoir lui demander des comptes et l'indemnisation de leur préjudice[1] ».

La dualité de la fonction normative. La fonction normative s'est d'abord manifestée sous la forme d'une incitation à éviter les comportements socialement nuisibles pour aujourd'hui revêtir un aspect positif consistant à assurer le respect des droits bafoués par autrui[2].

Elle englobe donc l'effet rétributif (**1**), punitif et l'effet préventif (**2**) de la responsabilité. Elle est ainsi « un instrument de dissuasion des comportements anti-sociaux nuisibles à la société[3] ». Alors, l'aspect normatif de cette fonction prend tout son sens car la responsabilité civile sanctionne des comportements sur le fondement général de l'article 1240 du Code civil ou sur des fondements spéciaux tel l'article L. 651-2 du Code de commerce.

Cette fonction se traduit le plus souvent par l'obligation faite à une personne de verser des dommages-intérêts à une autre, et dont la finalité est dissuasive, car « pour éviter d'avoir à verser ces dommages et intérêts il faut s'abstenir de faire ce qui les déclenche[4] ».

Cette fonction normative revient pour la responsabilité civile à mettre en place des obligations, positive ou négative, à respecter. Elle se tourne donc vers l'auteur du dommage. Elle le sanctionne et partant le dissuade d'adopter des comportements qui peuvent être qualifiés de fautifs. Pour que la responsabilité ait une fonction normative, il faut que la faute conserve une autonomie par rapport au dommage. Elle doit être caractérisée sur d'autres critères que la survenance du dommage

1 : L'aspect rétributif pur de la responsabilité

La fonction rétributive, symboliquement, renvoie à un sentiment de vengeance et d'accusation, effet qui peut être contesté puisqu'il se heurte à deux obstacles : l'assurance et la réparation intégrale, indépendante de la gravité de la faute.

Nécessité d'une faute. Quoi qu'il en soit, la faute est le fondement nécessaire de la rétribution[1]. Tournée vers le passé, la rétribution ou punition, les termes sont synonymes

---

[1] F.-X. Lucas, « Responsabilité pour insuffisance d'actif, une étrange indulgence », *Bull. Joly* 1er juin 2015, n° 6, p. 265.
[2] G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 39, p. 86.
[3] G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 40, p. 87.
[4] P. Didier, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés*, 2003, n° 2, p. 239.

suppose une certaine équivalence, symbolique, entre l'action et la réaction, entre deux maux. En effet, on prend ici en compte le mal inhérent à l'acte constitutif du dommage et on lui fait correspondre un mal équivalent à titre de sanction.

Pour la responsabilité civile, « l'idée de rétribution continue à s'appliquer tant que l'obligation de réparer est subordonnée à la démonstration d'une faute[2] ». Les dommages-intérêts traduisent donc une certaine approche rétributive du conflit puisqu'ils sont tributaires de l'existence d'une faute.

Les aspects rétributifs de la responsabilité civile. Pour défendre l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, la responsabilité civile doit posséder un aspect rétributif, elle le possède pour toutes les actions en responsabilité dès lors qu'elles défendent cette efficacité juridique.

Par exemple, la faute caractérisée de l'article L. 512-17 du Code de l'environnement est centrée sur l'auteur du dommage, emporte la mise à la charge de celle-ci tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité. Cette condamnation purement financière semble guidée par un objectif de réparation par équivalent. Or, implicitement, par la prise en compte de la dette de responsabilité[3] de la société mère, c'est un autre but qui est visé. Faute de jurisprudence sur cette question, nous pensons que le degré de la réparation dépendra de la faute personnelle de la société mère. Donc en obligeant l'auteur de la faute caractérisée à réparer personnellement le dommage causé la loi poursuit un objectif de sanction.

2 : L'objectif purement préventif de la responsabilité civile

Généralités. Tournée vers l'avenir, la prévention, qui repose sur la sécurité, a partie liée avec la rétribution dans l'acception traditionnelle de la fonction normative. Pour M. Sintez, « La prévention est (…) entendue comme dissuasion des comportements et rejoint alors la conception « rétributive » de la sanction. La responsabilité civile produit un effet préventif identique à celui d'une sanction : elle sanctionne une faute et dissuade quiconque de

---

[1] M. Van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine entre mythe et mystification*, Faculté Universitaire Saint Louis, coll. Droit, p. 241.

[2] M.-E. Roujou de Boubée, *op. cit.* p. 69.

[3] V., Y. Lambert-Faivre, « L'évolution de la responsabilité civile : d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.* 1987, p. 1 et s.

suivre cette voie[1] ». Pour autant, cette fonction préventive ne semble par appartenir aux effets de la responsabilité civile puisqu'elle se confondrait avec ses fonctions voisines, rétribution et réparation. Ce serait alors une fonction transversale, un objectif à atteindre, dont la place n'est pas clairement définie.

Cet objectif, qui vise à freiner voire à empêcher l'accomplissement de l'action par le responsable, possède une dimension sociale prospective, rationnelle et indéniablement morale. Ainsi, une sanction comme la responsabilité civile, pour Starck « se traduit toujours par une perte, par un appauvrissement pour le défendeur » et, à ce titre, « comporte par elle-même une fonction préventive[2] » que M. Tunc a lui-même affirmer en disant que « la responsabilité civile n'a pas pour seule raison d'être la réparation du dommage, mais elle remplit aussi une fonction politique de prévention, de dissuasion des comportements antisociaux[3] ».

Objectif absent en liquidation judiciaire. La responsabilité des procédures collectives semble exclure la fonction préventive. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif atteste par sa facture de l'exclusion de cette dimension préventive car le tribunal « peut », si faute de gestion il y a, faire supporter tout ou partie du montant de l'insuffisance d'actif par le dirigeant. La possibilité enlève l'idée de contrainte et partant l'objectif préventif, ce qui ce comprend en liquidation judiciaire, dès lors que sa finalité n'est plus la poursuite de l'activité de l'entreprise.

Objectif présent en redressement judicaire. L'article L. 631-10-1 du Code de commerce utilise la menace de la prise de mesures conservatoires pour prévenir l'action en responsabilité fondée sur la faute ayant contribué à la cessation des paiements. Mais, l'objectif préventif, bien qu'indéniable, n'est attaché à la responsabilité civile qu'indirectement, qu'au travers de la voie d'exécution. Cette action en responsabilité de la procédure collective possède une double fonction : punitive, directe et préventive, indirecte. C'est pourquoi cet article a pu être qualifié de « sanction préventive[4] ».

---

[1] C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile – Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, 308, p. 176.

[2] B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse, p. 356.

[3] A. Tunc, « La pena privata nel diritto francese », *in Le pene private*, éd., par F.-D. Busnelli et G. Scalfi, Milan, Giuffrè, 1985, p. 351. Cité par M. Van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine entre mythe et mystification*, *op. cit.,* p. 208.

[4] G. Teboul, « La nouvelle loi sur les mesures conservatoires en matière de procédures collectives : une loi de circonstances ou une sanction préventive ? », *LPA* 2 mars 2012, p. 5.

La particularité de cet article est son apparence extra-indemnitaire, dont la finalité dissuasive marque son caractère normatif.

L'influence de la procédure collective semble manifester la nécessité d'écarter la fonction indemnitaire de la responsabilité civile au contraire de la fonction normative. Or, aucune de ces fonctions, prises indépendamment les unes des autres, ne permet à elle seule de mettre en évidence la fonction protectrice de la responsabilité civile. Il faut alors se tourner vers l'influence de la procédure collective.

Paragraphe 2 : L'influence de la politique juridique de la procédure collective sur la responsabilité civile

L'empreinte de la procédure collective sur la responsabilité civile se manifeste par une nouvelle appréhension de ses fonctions, en ce qu'elle tente de leur donner un nouvel équilibre[1]. Elle ne peut se rattacher à chacune des fonctions décrites précédemment prises isolément.

L'efficacité juridique du droit des procédures collectives ne permet pas de distinguer entre la fonction indemnitaire et normative de la responsabilité civile, qui assume une double fonction, à la fois répressive et indemnitaire[2]. Les actions en responsabilité des procédures collectives, qui se « voient associées à un objectif réparateur ou restitutif », « elles conservent une dimension rétributive quant à leur fondement[3] », possèdent donc ces deux aspects (**A**), qui mettent en évidence la fonction protectrice de la responsabilité civile (**B**).

A : Le système de la restitution-punitive

Ce système fut développé à l'origine pour la justice pénale et la peine notamment par M. Dagger (**1**) et Schafer (**2**), dont nous allons étudier les travaux pour comprendre son mécanisme.

---

[1] V., C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile – Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011,, n° 574, p. 325.
[2] V., M.-E. Roujou de Boubée, *op. cit.,* p. 91.
[3] M. Van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine entre mythe et mystification*, *op. cit.,* p. 207.

1 : La théorie de Richard Dagger

La problématique de Dagger. En matière de justice pénale, selon M. Dagger[1], la « redécouverte » il y a une vingtaine d'années de la victime, théorisée depuis au sein d'un nouveau champ d'étude qui est la victimologie, amène de nouvelles propositions qui s'articulent autour de l'idée selon laquelle il faut réparer les blessures subies elle.
Pourtant, en dépit de cette proposition, le système de justice pénale américain n'a pas fondamentalement changé. D'où la question que se pose M. Dagger, de savoir s'il faut transformer radicalement le système de justice pénale, fondé sur le paradigme punitif et le remplacer par celui d'une pure-restitution, comme le propose M. Barnett[2], ou alors adjoindre à ce paradigme un autre objectif, aboutissant à ce système mixte ?

De la pure-restitution. Pour M. Barnett, l'infraction est commise par un individu contre les droits d'un autre, la victime, qui a subi une perte. Donc le rôle de la justice est de lui faire supporter la perte qu'il a causé. Par conséquent, le rôle social de la justice pénale ne réside pas dans la punition des malfaiteurs, mais dans l'obligation mise à leur charge de restituer à la victime la perte subie. Finalement, pour M. Barnett, il n'est pas question d'adjoindre à la restitution une quelconque forme de punition, d'où son concept de « pure-restitution ». La victime, contre qui l'infraction est individuellement commise, est la seule créancière du malfaiteur, la société étant exclue du rapport. Pour expliquer ces propos, il prend l'exemple du voleur armé. Pour lui, son acte n'est dirigé que contre la victime, non pas contre la société. Sa dette n'est donc pas contre la société, mais contre la victime pour qui, une fois l'infraction subie et les dommages et intérêts évalués, devrait voir son préjudice réparé.

À l'adjonction d'un autre paradigme. M. Dagger critique cette doctrine mono-paradigmatique et soutient au contraire que la restitution est considérée comme une forme de punition. Le malfaiteur étant alors débiteur non seulement de la victime, mais aussi de la société.
En effet, selon ce dernier, on ne peut nier, pour des infractions comme le vol ou le meurtre, qu'un crime ou un délit ait été commis contre les droits d'un autre. Mais ce n'est pas tout. La

[1] R. Dagger, « Restitution, Punishment, and Debts to Society », *in Victims, offenders, and Alternative Sanctions*, éd., Joe Hudson and Burt Galaway, pp. 3 à 13, Lexington: Lexington Books, 1980.
[2] R.-E. Barnett, « Restitution : a new paradigm of criminal justice », *in Assessing the criminal. Restitution, rétribution and the legal process*, éd., par R.-E. Barnett et J. Hagel III, Cambridge, Mass., Ballinger, 1977, p. 349 et s.

personne qui a subi l'infraction, ou ses proches, n'est ou ne sont pas la ou les victimes uniques. Pour illustrer ce propos, il prend l'exemple du vol commis au domicile d'un voisin. Selon lui, le tiers subira aussi les effets du vol, que ce soit par le coût d'installation d'un système anti-intrusif, même si personne ne l'y contraint, ou par l'anxiété ou la perte de sommeil. Il se considère donc comme une victime indirecte pour qui l'infraction fait supporter trois sortes de coûts : le coût d'évitement ou la mesure prise pour minimiser ses chances de devenir victime directe ; le coût d'assurance qui augmente ; le coût d'attitude du crime car il amène l'appréhension, la crainte, l'insécurité, les dissensions sociales, etc. Qui n'a jamais eu à sa charge l'un des ces coûts ? nous dit-il. Donc, l'acte criminel fait supporter une dette à la société.

Qu'en est-il de l'infraction sans victime ? S'il n'y a pas de victime, il ne peut y avoir de dette contre la société !

Pour M. Barnett, défenseur de la pure-restitution ; associée à l'infraction pénale, la plupart des infractions sans victimes aboutissent à un mal réel. Il prend l'exemple de celui qui tente un meurtre, il va commettre, probablement, dans l'action des coups et blessures. Ce mal subi prouve la culpabilité du responsable peu importe son intention. Si aucun mal physique n'est subi, ni aucun droit de propriété violé, le mal sera créé par la crainte subie par la victime et sera mis à la charge du malfaiteur. Mais, pour les tentatives infructueuses, comme il n'y a aucune victime, il ne devrait y avoir aucune responsabilité pénale. Ce qui n'est pas acceptable selon lui puisqu'on occulte alors l'élément moral de la tentative.

Or, selon M. Dagger la tentative ne se réduit pas au commencement d'action d'une personne sur une autre. Il faut élargir le réseau de la tentative subie.

La même idée ressort à propos de la mise en danger d'autrui. Cette infraction constitue une menace indéterminée de mal, alors que l'activité à l'origine de cette action n'est pas nécessairement nuisible. Ici, la victime n'étant pas déterminée ou déterminable, à qui le malfaiteur doit-il rendre des comptes ? Sa dette n'est pas dirigée contre une personne en particulier. Elle l'est à l'égard de la société dans son ensemble.

Analogie avec la procédure collective. M. Dagger identifie une troisième forme d'infraction sans victime, l'injustice qui concerne une personne qui, de manière illégale, profite de son statut pour réaliser des actes dans son propre intérêt. Si nous raisonnons par analogie avec la procédure collective, la faute de gestion commise par le dirigeant ne devrait causer aucun préjudice individuel, et nuire non pas à une personne identifiable, mais à la collectivité des créanciers. Or, la faute de gestion est insignifiante d'un point de vue global.

Pourtant, le ministère public, le représentant de la société, possède la qualité de demandeur, que ce soit pour la sanction civile[1] ou pénale[2] ; ce qui démontre selon nous l'attention avec laquelle la société est prise en compte. La victime est alors double, l'entreprise et par là la collectivité des créanciers et la société elle-même.
Pour conclure, selon M. Dagger, toutes les infractions sont des infractions envers la société, ce qui justifie la punition de celui qui enfreint la loi. Ceci dit, la restitution à la victime ne reconstituera pas l'équilibre en allocation et poids de l'infraction. Il faut donc aller au-delà de la pure-restitution et admettre que la restitution, qui a un rôle indéniable à jouer, sert de forme de punition. D'où sa proposition d'associer à l'infraction pénale une fonction de restitution-punitive. Ainsi, dans la définition de la punition de M. Dagger[3], rien n'exclut la restitution, elle peut même aider à accomplir ce qui est normalement attendu de la punition.

La prise en compte d'un triple intérêt. Cette théorie est intéressante pour nous car elle permet de prendre en compte la situation de la victime, de l'auteur et celui de la société. En effet, la restitution-punitive sert ces trois intérêts et, ce faisant, elle poursuit des objectifs de dissuasion, de réformation et finalement de protection.
Ainsi, en vertu de ce système, le malfaiteur assumera le coût de son acte, coût qui pourrait diminuer en fonction de la prise en compte de la diminution du taux de criminalité. Il y a donc proportionnalité entre la charge de restitution et l'effet global que cette charge possède sur les autres délinquants. Or, en droit des procédures collectives, notamment pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la charge de restitution sera supportée en tout ou en partie par le fautif. Il y a donc proportionnalité entre la charge de restitution et son effet sur les actes fautifs.

Donc seule la restitution-punitive permet de répondre aux besoins de toutes les parties : victime, auteur et société.

---

[1] L'article L. 651-3 du Code de commerce dispose dans son alinéa 1er que « dans les cas prévus à l'article L. 651-2, le tribunal est saisi par le liquidateur ou le ministère public ».
[2] L'article L. 654-17 dispose que « la juridiction répressive est saisie soit sur la poursuite du ministère public ».
[3] Selon R. Dagger, la punition engendre 5 conséquences : impliquer la douleur ou d'autres conséquences considérées normalement comme désagréable ; être, pour une infraction, commise contre des normes juridiques ; être en présence, pour une infraction, d'un malfaiteur réel ou supposé ; être intentionnellement administré par des personne autres que le malfaiteur.

2 : La théorie de Stephen Schafer

Problématique. Selon M. Schafer[1], après examen du système légal de différents pays, la recherche d'un pays où la victime peut s'attendre à une restitution complète du préjudice subi est vaine. L'indemnisation par l'état manque d'efficacité ou ne fonctionne pas du tout ; et lorsqu'il n'y a pas indemnisation, la victime doit faire face aux remèdes insuffisants issus des voies d'exécution civiles. Alors que l'état s'efforce de protéger ses citoyens contre la violation du droit et de l'ordre public, entendu pour M. Schafer comme une perturbation d'intérêts juridiquement protégés.

Sur la restitution et la punition. Pour M. Schafer, d'un côté, les dispositions concernant la restitution, sont presque toutes fondées sur le principe de la distinction entre les délits criminels et civils. Elles rejettent donc une vision unique du délit qui en ferait une simple violation de la loi.
D'un autre côté écrit-il, la seule satisfaction que la victime peut obtenir de la justice criminelle est la punition infligée au coupable. Ainsi, cette forme de justice applique cette punition, non seulement pour maintenir la loi et l'ordre dans la société, pour protéger les intérêts de la communauté, mais aussi pour concilier la victime par une punition infligée au coupable. La victime s'attend donc à un reproche moral du crime et aussi à ce qu'un certain niveau de préjudice soit infligé au délinquant pour satisfaire son désir de vengeance. La punition, nous dit M. Schafer, comble alors les sentiments de revanche contre ceux qui nous attaquent. En conséquence, le mal imposé par la punition infligée au malfaiteur est prévu non seulement pour lui faire sentir le pouvoir de l'ordre moral et légal, mais aussi pour tenter de compenser la victime dans ses droits bafoués en lui offrant une satisfaction spirituelle.

Construction de la théorie. La tendance de la criminologie moderne est d'allouer une part de plus en plus dominante à la réformation et à la réhabilitation du délinquant. Ainsi, les dommages causés à la victime peuvent perdre de leur importance par la baisse de la restitution négligeant alors les intérêts de la victime. Pour rééquilibrer, la punition devrait perdre son caractère punitif pour tenter de donner au criminel la chance de travailler pour sa réintégration dans la société. Un moyen de le faire serait de rendre la peine du criminel d'une certaine façon avantageuse pour la victime. En effet, la restitution n'étant pas destinée à la récupération

[1] S. Schafer, *Compensation and Restitution to Victims of Crime,* Patterson Smith, 2e éd. 1970, p. 117 er s.

d'une dette mais à la réparation d'un délit criminel, il n'y a donc aucun sens à exclure la victime du règlement d'une affaire criminelle et de la considérer simplement comme sa cause ou sa raison. En plus de la protection abstraite de la loi et de l'ordre public, de la réforme du criminel, la revendication de la victime pour une restitution est le troisième élément de la punition. En outre, la restitution existe dans la punition elle-même. En conséquence, une nouvelle conception de l'objectif d'une punition pourrait se présenter, provoquant un renforcement du caractère restitutif de la punition d'une part et en inculquant une restitution à caractère punitif d'autre part.
La restitution à caractère punitif a un effet plus réformateur qu'une restitution simple, parce qu'elle est une chose que le délinquant doit faire lui-même, non pas quelque chose que l'on fait pour lui ou à lui et, comme cela demande des efforts de sa part, cela pourrait être particulièrement utile pour renforcer son sentiment de responsabilité.

Sur la restitution-punitive. La restitution-punitive selon M. Schafer, peut être un des instruments par lequel une culpabilité peut être ressentie, comprise et atténuée. Elle doit toujours être le sujet de considération juridique. Sans exceptions, elle doit être accomplie par l'exécution personnelle du malfaiteur, et devrait être tout aussi pénible et juste pour tous les criminels, sans tenir compte de leurs moyens. La restitution-punitive nécessite donc le maintien d'une relation entre le délinquant et la personne qu'il a rendu victime jusqu'au moment après le crime où la condition de la victime a été rétablie du mieux possible.

Le paradigme de la restitution-punitive, énoncé pour la justice pénale, ne s'applique donc pas tel quel en droit des procédures collectives. Seulement, il permet de donner une autre approche quant à la finalité des actions en responsabilité civile de la procédure collective.

B : La protection comme finalité des actions en responsabilité de la procédure collective

En droit commun, l'idée de réparation ne se distinguerait pas réellement de celle de la rétribution, elle aurait même tendance à se confondre avec elle[1]. La gravité de la faute civile n'a aucune incidence sur la réparation du préjudice qui est, en principe, réparé dans son intégralité quelle que soit la gravité de la faute de l'auteur. Or, l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, par laquelle la responsabilité civile participe à sa politique

[1] V., M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, éd., Panthéon Assas, coll., Introuvables, p. 112.

juridique, amène à une réflexion quant à la nature des actions en responsabilité de la procédure collective. Celles-ci, en s'affranchissant des principes classiques du droit de la responsabilité civile, apparaissent en définitive comme des actions ayant une origine holiste (**1**). Pour autant, nous constaterons que leur régime empêche de pouvoir distinguer entre le caractère réparateur et le caractère punitif. Ces actions, que sont l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et l'action en responsabilité pour cessation des paiements (**2**) répondent donc à un équilibre entre ces deux préoccupations. Elles possèdent donc, à l'image du système de restitution-punitive, un caractère hybride, qui participera à la protection de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.

1 : L'origine holiste des actions en responsabilité des la procédure collective

La politique juridique de la procédure collective consiste en un tout, doté d'une propriété spécifique qui est de converger pour être utilisée par la politique économique. Cette convergence induit l'efficacité juridique du droit des procédures collectives. Dans cette optique, cette politique juridique constitue un système holiste.

Il nous faut donc s'éloigner de la perception empirique des procédures collectives, qui consiste à s'isoler dans chacune des procédures sans les intégrer dans l'unité que forme cette politique juridique, pour finalement considérer que les actes effectués et les actions réalisées pour atteindre les finalités attachées à ces procédures sont la conséquence du tout auxquelles elles appartiennent, c'est à dire l'efficacité juridique.

Toutefois, ce qui permet à ce système holiste de fonctionner c'est l'intérêt qu'ont chacune des personnalités amenées à intervenir dans ce système de préserver l'efficacité juridique. Dès lors que ces intérêts divergeront il faudra pouvoir la protéger et partant rééquilibrer la politique juridique. C'est le rôle attaché aux actions en responsabilité de la procédure collective. D'où l'évolution de la responsabilité civile qui régule la politique juridique de la procédure collective. En effet, si le caractère répressif est holiste, on peut douter que celui lié à la réparation le soit, car la réparation telle que nous l'avons décrite possède un caractère individualiste.

En conséquence, ces actions possèdent cette double finalité, assurée par la nature du droit des procédures collectives qui est un droit de substitution. Substitution du mandataire judiciaire à la collectivité des créanciers, substitution de l'administrateur judiciaire au débiteur, substitution du ministère public à la société. Substitutions qui impliquent que les actions en

responsabilité ne soient pas exercées dans l'unique intérêt de la victime, mais qu'elles intéressent surtout des intérêts supérieurs.

Aussi, ce dualisme peut s'expliquer par l'intérêt pour agir. L'action holiste, contrairement à l'action individualiste, n'est pas réservée aux personnes ayant subi une atteinte à leur intérêt personnel, elle est ouverte aux personnes publiques ou agissant comme tel, ou aux personnes représentant une catégorie d'individus[1]. Or, le cadre d'ouverture des actions du droit des procédures collectives marque cette double compétence, ce qui prouve qu'elles ont pour finalité la protection de son efficacité juridique. En conséquence, le cadre holiste des actions explique la place donnée à la prise en compte ainsi qu'à la défense des intérêts collectifs dans la mesure où le requérant assure la protection d'intérêts qui dépassent les siens propres[2].

En outre, au titre du déroulement de l'instance, les actions holistes offrent une place importante aux moyens d'ordre public[3], ce qui justifie donc l'intervention du ministère public et du préfet.

Finalement, le holisme de la politique juridique de la procédure collective s'équilibre avec l'utilisation des actions en responsabilité, destinées tant à une fin holiste, assurer la protection de l'intérêt général auquel répond la politique économique qu'une fin individualiste, assurer la protection des différents intérêts sous-jacents, collectifs et individuels.

2 : La nature hybride des actions en responsabilité de la procédure collective

Sur l'aspect punitif. Que ce soit pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ou l'action en contribution à la cessation des paiements, le fait générateur de responsabilité, d'après les textes, est la « faute de gestion » dans un cas, et la « faute » dans l'autre. Ce fait générateur est corrélé à la situation de l'entreprise qui rencontre des difficultés patrimoniales en redressement ou en liquidation judiciaire, de telle sorte qu'en pratique, seule une faute de gestion pourra contribuer à la cessation des paiements.

Or, si le patrimoine est à la fois le support de l'activité et l'assiette du droit de gage des créanciers, ces hypothèses de responsabilité viendront « sanctionner une faute portant atteinte à l'entreprise ou aux droits des créanciers[1] ».

---

[1] J.-C. Jobart, *L'individualisme en droit public français,* thèse, Toulouse 1, p. 1059.

[2] V., F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français – Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 212, p. 289.

[3] V., F. Melleray, *op. cit.,* p. 291.

Aussi, le droit des procédures collectives, par les mesures d'encouragement du chef d'entreprise, par la réduction du nombre des sanctions encourues, « qui sert la politique juridique mise en place[2] », ne traduit pas nécessairement la réalité du droit positif. En effet, ce droit reste, par des aspects que nous avons vus et que nous verrons, un droit sanctionnateur. Les sanctions civiles se diversifient, leur périmètre s'élargit, elles gagnent en sévérité marquant alors davantage leur fonction punitive.

En outre, à l'objection selon laquelle la réparation ne serait pas « assez » dissuasive, d'une part pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, nous pouvons répondre que l'auteur des agissements fautifs, en plus de la réparation proportionnée du dommage, supportera le coût (matériel et psychologique) de la perte de son entreprise[3]. Par ailleurs, si ce dernier ne s'acquitte pas des dettes mises à sa charge au titre de l'insuffisance d'actif, il peut être écarté de la vie des affaires[4]. Toutefois, notons qu'en pratique ce sera rarement le cas en raison du point de départ du délai de prescription de la faillite personnelle[5], à savoir trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire[6].

D'autre part, s'agissant de l'action en responsabilité pour contribution à la cessation des paiements, sa fonction préventive fait resurgir un caractère répressif caché. Cette fonction punitive ressort de la voie détournée pour que soit ordonné une mesure conservatoire à l'égard des biens du dirigeant[7].

Sur l'aspect réparateur. Aussi, pour ces actions, la réparation pure et simple, telle que conçue traditionnellement comme mettant l'accent sur le dommage subi par la victime, n'en est pas une, et le texte d'ailleurs n'utilise pas ce terme. L'article L. 651-2 du Code de

---

[1] R. Ollard et R. Raffray, « Le chef d'entreprise et les procédures collectives-Les cas de responsabilité », *in La responsabilité du chef de l'entreprise en difficulté*, dir. B. Saintourens et J.-C. Saint-Pau, éd. Cujas, coll. Actes & Études, p. 31.

[2] R. Ollard et R. Raffray, « Le chef d'entreprise et les procédures collectives-Les cas de responsabilité », *op. cit.*, p. 48.

[3] L'action en responsabilité n'est possible qu'en liquidation judiciaire, lorsque le débiteur est en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. V., l'article L. 651-2 du Code de commerce.

[4] Dans cette hypothèse, le tribunal peut prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer. V., les articles L. 653-6 et L. 653-8 du Code de commerce.

[5] CA Versailles, 13e ch. 24 septembre 2015, n° 15/03435, précité.

[6] Article L. 653-1 du Code de commerce. Désirant pallier à cette difficulté, le projet de loi de modernisation de la justice du XXIe siècle prévoit au VI de son article 99 de compléter l'article L. 653-1 par une phrase ainsi rédigée : « Toutefois, la prescription de l'action prévue à l'article L. 653-6 (faillite personnelle) ne court qu'à compter de la date à laquelle la décision rendue en application de l'article L. 651-2 a acquis force de chose jugée ».

[7] V., article L. 631-10-1 du Code de commerce.

commerce évoque que « le montant de l'insuffisance d'actif sera supporté ». Ainsi, si la réparation de la faute est tournée vers le présent, tel n'est pas le cas du dommage causé dont le montant sera supporté. Tourné vers le passé, il renvoie à une certaine forme de rétribution. En effet, assimilé au fait d' « être assujetti à[1] », ou de « supporter quelque chose, assumer une charge, une obligation[2] », ce terme caractérise à la fois la réparation et la punition, dont l'essence est de satisfaire au final divers intérêts convergents. Ainsi, appliqué au dirigeant le caractère punitif émane de sa contribution à supporter le montant du dommage causé, ce qui protègera les intérêts en présence et permettra aux créanciers de pouvoir prétendre au remboursement de leurs créances. Finalement, « en échange » de ce paiement, le dirigeant sera racheté, restauré en quelque sorte dans la vie des affaires, dans ses droits, ce qui au final satisfera l'intérêt public.

La finalité protectrice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. D'un côté la réparation met l'accent sur le dommage subi par les créanciers, destinataires finaux des sommes versées par le dirigeant, de sorte que la finalité réparatrice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se fonde sur la lésion d'un intérêt collectif. De l'autre, la punition vise l'auteur du dommage, à savoir le dirigeant. Or, le fondement de la finalité punitive est également la lésion de l'intérêt collectif des créanciers. À ces deux objectifs, il en est un troisième, incident, qui met en évidence non seulement les relations entre auteur et victime, mais aussi celle du dirigeant avec la société, du moins pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, défendue par l'intérêt public au nom duquel est permis le maintien de l'activité de l'entreprise et la recherche de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives. Il s'agit de la finalité protectrice de cette action.

Applicabilité de cette finalité à l'action en responsabilité pour contribution à la cessation des paiements. Notons que l'expression « montant supporté », qui figure à l'article L. 651-2 du Code de commerce est absente de l'article L. 631-10-1. Faut-il pour autant en déduire que le dirigeant en redressement ne « supportera » pas le montant du préjudice mais le réparera, purement et simplement, comme en droit commun ? La réparation pure et simple implique un préjudice réparable, or le seul préjudice qui soit réparable dans le cadre de cette action est celui découlant de l'exécution du plan de redressement. Or, si le plan est exécuté convenablement il met fin à la procédure de redressement judiciaire, donc au passif, donc il

[1] *Littré – Dictionnaire de la langue française*, tome 6, v., supporter, sens n° 9.
[2] *Grand Larousse universel*, tome 14, v., supporter, sens n° 2.

« éteint » le préjudice[1]. De plus, en cas d'inexécution du plan, le tribunal ouvrira une procédure de liquidation judiciaire où s'applique l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Donc, si l'on se place uniquement du côté de la victime, la réparation pure et simple du préjudice soulève des difficultés, et nous fait nous poser la question de l'utilité d'une telle action.

Mais si l'on prend en compte les deux objectifs, punition et réparation, décrits précédemment pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, dont elle en constitue une forme dérivée[2], il ne s'agit non pas d'un retour en arrière[3], mais d'une révolution, au sens premier du terme, puisque cette action implique aussi la prise en compte des divers intérêts. Elle possède donc également une finalité hybride.

En effet, si une action en responsabilité pour contribution à la cessation des paiements est introduite, une mesure conservatoire sera ordonnée[4]. D'un côté les sommes placées en garantie couvriront, sans l'excéder, le montant des dommages et intérêts demandés en réparation du préjudice causé par la faute du dirigeant[5]. Cette indication temporelle implique donc qu'une action en responsabilité soit intentée, que le montant du préjudice soit défini, antérieurement à la mesure conservatoire. Autrement dit, c'est le président du tribunal qui, de manière incidente, fera supporter le montant du préjudice au dirigeant et non pas ce dernier qui réparera, purement et simplement, le dommage causé. De sorte que, là encore, on ne se place pas uniquement du côté du créancier mais de celui de ce créancier et du débiteur d'une part, du débiteur et de la collectivité d'autre part. La mesure conservatoire servant à satisfaire cette collectivité et donc protéger l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.

Par là cette action aura aussi la protection pour finalité.

---

[1] V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 926-22, p.2686.

[2] D'une part, il ne fait aucun doute que la « faute » présente à l'article L. 631-10-1 du Code de commerce soit en pratique une faute de gestion, comme pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. D'autre part, le lien de causalité est le même pour les deux actions, à savoir la « contribution ».

[3] *Contra* P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 926-22, p.2686.

[4] Le futur simple est employé car la création de cette action en responsabilité repose sur la possibilité de pratiquer de telles mesures. D'où leur importance et l'assurance, malgré cette possibilité laissée au président du tribunal, qu'elles seront prises dans cette hypothèse. Il est même à redouter nous l'avons dit que cette action soit intentée dans ce but

[5] Article R. 631-14-1 du Code de commerce.

Section 2 : Le fondement de la fonction protectrice

Les finalités traditionnelles attachées à la responsabilité civile se retrouvent donc, sous une forme spécifique en droit des procédures collectives, au travers des différentes actions. Ainsi, l'utilisation de la responsabilité civile, comme un outil au service de la politique juridique de la procédure collective, lui confèrera une finalité particulière de protection de son efficacité juridique. Or, avant de pouvoir identifier le fondement de cette fonction (**Paragraphe 2**) il est nécessaire d'identifier celui de la politique juridique de la procédure collective puisqu'elle est la cause de la recherche de ses finalités qui participent à son l'efficacité juridique (**Paragraphe 1**). La préservation de l'efficacité de la politique juridique de la procédure collective se réalisera donc par l'intervention de cet outil.

Paragraphe 1 : L'interaction des intérêts source de la politique juridique de la procédure collective

La politique juridique de la procédure collective, nous l'avons vu, correspond aux moyens de droit mis en œuvre pour rechercher, conformément à la politique économique, les finalités de ces procédures. Lorsque ces moyens participent de manière positive à la recherche des finalités, ils participent à son efficacité juridique. Un de ces moyens est représenté par la responsabilité civile. Or, ce qui constitue la base de la politique juridique c'est la rencontre d'intérêts (**A**). Cette interaction modélisera sa structure (**B**).

A : La pyramide des intérêts de la procédure collective

Une question d'actualité en pleine évolution[1]. Les procédures collectives sont une zone « absolue d'intérêts divergents[2] », où toute décision relative au sort de l'entreprise suppose une évaluation des avantages et des inconvénients de chacune des solutions pour l'entreprise, les salariés et les créanciers[3].

[1] V., L. Sautonie-Laguionie (dir.), « 3es rencontres jurisprudence-doctrine : échanges sur la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives », *BJE* 2016, n° 3, p. 190 et s.
[2] E. Laverrière, « Le droit des procédures collectives ou une zone absolue d'intérêts divergents », *BJE* 2016, n° 5, p. 307.
[3] V., C. Saint-Alary-Houin, « Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives », *BJE* 2016, n° 3, p. 223.

Recensement. Adoptant une démarche quantitative, nous avons mis en évidence toutes les occurrences relatives à cette notion d'intérêt présentes au sein du Livre VI de la partie législative du Code de commerce. Ce recensement permet d'établir une typologie des intérêts.

Le terme « intérêt » est présent au sein de 34 articles[1]. Après un premier classement, les intérêts renvoient aussi bien aux sociétés d'intérêt collectif agricole ; qu'aux intérêts collectifs des créanciers ; qu'à l'atteinte portée aux intérêts des créanciers ; qu'aux intérêts légaux, de retard et autres dommages et intérêts ; qu'aux intérêts de poursuite ; qu'à l'atteinte aux intérêts des autres créanciers ; qu'au groupement d'intérêt collectif ; qu'aux intérêts du cocontractant ou qu'à l'intérêt public ainsi qu'aux intérêts en présence.

Lorsqu'on affine encore, il nous est possible de les ranger au sein de six catégories :

1. Les intérêts relatifs à un type de société.
2. Les intérêts collectifs de la procédure. Ils font référence à une vision subjective d'un intérêt dans la procédure.
3. Les intérêts en présence, auxquels il ne faut pas porter atteinte, avec derrière cette idée la nécessité d'une protection suffisante contre la disproportion. Donc la nécessité de respecter un certain équilibre. À ces intérêts, fait écho une vision objective.
4. L'intérêt de la société pris comme intérêt susceptible d'être remis en cause si l'actionnaire, qui a conclu un accord dans cet intérêt lui conférant la majorité des droits de vote, ne participe pas au redressement de l'entreprise, notamment en approuvant la modification de capital.
5. L'intérêt pécuniaire.
6. L'intérêt public, objectif, que nous qualifierons d'intérêt de la procédure.

Nous laisserons de coté l'intérêt pécuniaire ainsi que l'intérêt comme référence à un type de société, ils ne nous seront pas utiles pour expliquer en quoi l'intérêt est le fondement de la politique juridique de la procédure collective.

Nous nous intéresserons donc aux autres formes d'intérêt, à savoir l'intérêt collectif des créanciers, l'intérêt de la société, les intérêts en présence et l'intérêt public. Que recouvre chacune de ces acceptions ? Une approche duale et antagoniste, de l'intérêt dans la procédure

[1] Voici ces articles. Ils sont énoncés dans l'ordre issu de Legifrance : L.612-1 ; L.663-1 ; L.611-8 ; L.622-20 ; L.611-2 ; L.626-6 ; L.622-28 ; L.651-3 ; L.611-10-1 ; L.643-9 ; L.663-3 ; L.654-12 ; L.662-5 ; L.642-11 ; L.643-13 ; L.626-18 ; L.622-13 ; L.626-31 ; L.641-10 ; L.642-17 ; L.653-7 ; L.621-9 ; L.622-18 ; L.626-25 ; L.641-8 ; L.653-3 ; L.653-4 ; L.662-2 ; L.622-14 ; L.622-16 ; L.631-19-2 ; L.641-11-1 ; L.654-11 et L.654-17.

collective. Ces intérêts qui s'opposent seront qualifiés d'intérêts dans la procédure collective (**1**). Le dualisme met en balance ces intérêts avec l'intérêt public, intérêt de la procédure (**2**).

1 – Les intérêts intrinsèques à la procédure collective

Ces intérêts intrinsèques sont l'intérêt collectif des créanciers (**a**), l'intérêt de la société (**b**) et les intérêts en présence (**c**).

a : L'intérêt collectif des créanciers

Cet intérêt[1], à dimension subjective puisque s'entend, par principe[2], comme « l'intérêt de la collectivité que constituent l'ensemble des créanciers[3] », est présent au sein de sept articles du livre VI[4] et concerne l'action attitrée du mandataire au nom et dans cet intérêt, celle des créanciers nommés contrôleurs, celle du liquidateur (par le jeu du renvoi d'article), celle du commissaire à l'exécution du plan ; la reprise de la procédure si des actions dans cet intérêt n'ont pas été engagées, le mode de saisine du tribunal ou de la juridiction répressive en cas d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, ou de faillite et en cas de défaut d'action du liquidateur ; enfin renvoie aux décision rendues dans cet intérêt.

Cet intérêt collectif est donc protégé au sein de la procédure collective. Or, pour tendre à la défense de l'intérêt collectif, l'action doit tendre à la protection ou à la reconstitution du gage commun, défini par M. Le Corre comme « le gage accessible en théorie à tous les

---

[1] Les créanciers visés sont les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs « non méritants ». V., les articles L.622-21 ; L. 622-17 ; L.631-14-I et L. 641-3, alinéa 1 du Code de commerce. Les créanciers dont la créance est née pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur après le jugement d'ouverture n'ont besoin de personne pour assurer leur défense. V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 611-31, p.1737.

[2] V., F. Pérochon, « L'intérêt collectif n'est pas l'intérêt de tous les créanciers sans exception », *BJE* 2016, n° 3, p. 218.

[3] F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais avec la collaboration d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – cinq années d'application de la loi de 1985*, *op. cit.,* n°510, p. 379.

[4] Ces articles, selon l'évolution de la procédure, sont : L.622-20 ; L. 626-25 ; L.643-13 ; L.651-3 ; L.653-7 ; L.654-17 et L.663-1.

créanciers reconnus comme tel par la procédure[1] ». Mais, pour tenter de cerner au mieux ce type d'intérêt il nous faudra répondre à deux questions :

- En quoi l'intérêt collectif des créanciers diffère-t-il de leurs intérêts individuels ?

Répondre à cette question en soulève une autre. L'intérêt collectif des créanciers, dont le groupement n'est plus doté de la personnalité morale depuis l'adoption de la loi du 25 janvier 1985, correspond-il à la somme des intérêts individuels ?

La réponse ne peut qu'être négative[2], les intérêts des hommes sont si variés qu'il est absurde de vouloir les additionner mathématiquement[3].

Cet intérêt collectif des créanciers constitue-t-il un intérêt immanent ou transcende-t-il les intérêts individuels ? Autrement dit, est-ce un intérêt collectif comme issu des intérêts

---

[1] P.-M. Le Corre, « L'intérêt collectif est-il l'intérêt de tous les créanciers ? », *BJE* 2016, n° 3, p. 214.

[2] V., Ph. Roussel Galle, « Les créanciers au centre des conflits d'intérêts dans l'entreprise », *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2008, p. 1745. *Contra*, à propos de la déclaration notariée d'insaisissabilité, constatant que la déclaration n'était opposable qu'aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la publication (…), la Cour de cassation en a déduit que le liquidateur « ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers » : Cass., com. 13 mars 2012, cassation n° 11-15.438, *Act. proc. coll.,* juillet 2012, n°105, note J. Vallansan ; *D.* 2012, p. 2203, note P.-M. Le Corre ; *D.* 2012 ; *BJE* mai 2012, p. 147, n°3, note L. Camensuli-Feuillard ; *Dr. et proc.* mai 2012, p.5, n°4, note Ph. Roussel Galle ; *Gaz. proc. coll.*, 28 avril 2012, p.5, n°15, note P.-M. Le Corre ; *Gaz. Pal.* 28 juin 2012, p.18, note S. Cabrillac ; *LPA* 3 mai 2012, p. 5, note V. Legrand ; *Bull. Joly* 2012, p. 495, note M.-H. Monsérié-Bon. Pour une confirmation : v., Cass., com., 30 juin 2015, cassation n° 14-14.757, *RD banc. et fin.* 2015, n° 5, comm.162, note S. Piedelièvre, *JCP E* 2015, n° 50, P. 1608, note C. Lebel ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 1, comm.14, note G. Berthelot.
F. Pérochon considère que cette solution est « incompatible avec l'ensemble des principes régissant nos procédures », *Entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Manuel, 9e éd., 2012, n° 512, p. 257, et n°1125 et s., p. 565 et s. Selon M. Sénéchal, « il importe peu que tous les créanciers représentés par le liquidateur ne soient pas individuellement titulaires d'un droit de poursuite car l'intérêt collectif n'est pas l'addition mathématique des intérêts particuliers », *Bull. Joly* 1er mars 2009, p.226, n°3 (note à propos de Cass., com. 3 février 2009, rejet n°08-10.303).
Mais, le liquidateur ne peut pas agir dans l'intérêt d'un groupe de créanciers (antérieurs à la déclaration), l'immeuble ne peut donc faire partie du gage commun car les créanciers à qui la déclaration est inopposable ne peuvent le faire saisir. En ce sens, v., P.-M. Le Corre, *Gaz. pal.* 4 mai 2013, p. 48, n°124 et *AJDI*, mars 2004, p. 185.

[3] En ce sens v., L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 278, 1997, n°11, p. 9.

individuels ou, au contraire, en surplomb de ces intérêts, un intérêt singulier, propre à la collectivité[1] ?

La réponse n'est pas évidente et semble empreinte à la confusion dans la mesure où pour le critère de l'immanence, les créanciers « à qui s'impose une discipline collective et qui sont destinataires de règles communes, forment une collectivité prise en compte par le législateur, qu'il lui attribue une forme juridique ou non[2] ». Donc, les actions mettant en jeu la responsabilité concernent la collectivité. Aussi, l'intérêt collectif et l'intérêt individuel se distinguent puisqu'au sein du groupe, l'individu ne dispose d'une reconnaissance juridique et d'une aide qu'en tant que membre de ce groupe, qui prendra en charge ses intérêts. Ainsi, cet individu peut, bien qu'étant acteur de la collectivité, agir pour défendre ses intérêts personnels. Mais cette ubiquité juridique suppose de répondre à des conditions strictes. Les créanciers sont recevables à demander individuellement, en justice, la réparation d'un préjudice personnel, spécifique, distinct de celui subi par les autres créanciers[3].

Pour le critère de la transcendance, « la divergence des intérêts individuels n'empêche pas d'identifier un intérêt collectif[4] », car lorsqu'une action en responsabilité vise un tiers, rien n'empêche que ce tiers ait la qualité de créancier. Finalement, si l'action peut nuire à un membre du groupement, l'intérêt collectif ne disparaît pas pour autant. Il ne disparaît pas car il est global.

Donc, malgré la divergence des intérêts individuels, l'intérêt collectif des créanciers existe et lui est autonome.

Si ces types d'intérêts sont autonomes l'un par rapport à l'autre, ils renvoient tous deux à la personne, ils sont tous deux empreints de subjectivité.

- L'intérêt collectif des créanciers se distingue-t-il de l'intérêt général ?

La réponse est positive, même si les intérêts collectifs, autrefois considérés comme plus proche des individus afin d'éclairer l'État sur leurs désirs et leurs besoins et améliorer

---

[1] F. Saint-Bonnet, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », *in* B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, *D.*, 2007, pp. 9-21. Actes du colloque organisé par le Conseil constitutionnel et le CRDC de Paris I, octobre 2006.

[2] C. Maréchal, « L'intérêt collectif des créanciers », *Rev. proc. coll.*, mai 2014, n°3, étude 10, paragraphe 5.

[3] Cass., com. 31 mars 1978, cassation n° 76-15.067, *D.,* 1978, jurisprudence p. 646, note F. Derrida et J.-P. Sortais.

[4] C. Maréchal, « L'intérêt collectif des créanciers », *Rev. proc. coll.*, mai 2014, n°3, étude 10, paragraphe 7.

son emprise, sont davantage considérés aujourd'hui comme collaborant avec l'État, représentant d'un intérêt général éclaté[1]. En effet, le partage traditionnel de l'intérêt général et de l'intérêt particulier, répondant au face à face de l'état et de l'individu, est bouleversé par la montée des intérêts intermédiaires, ces « intérêts collectifs[2] ». Les intérêts collectifs amorcent alors une composition de groupe, ils viennent s'articuler entre les particuliers et l'état. Ainsi, étudier les intérêts collectifs revient à étudier les intérêts que véhicule de manière croissante la « zone intermédiaire[3] », entre société civile et l'État.

Aussi, la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est servie de ce motif pour justifier l'irresponsabilité à propos des créanciers ayant apporté leurs concours. En effet, la réforme du soutien abusif, nous l'avons vu, fait de la responsabilité civile un outil au service du régime de la politique juridique de la procédure collective, elle même au service de la politique économique, car elle obéit à un « motif d'intérêt général[4] », en l'occurrence la préservation de l'emploi et de l'activité économique[5].

Donc, l'intérêt général n'est pas synonyme de l'intérêt collectif. Il l'englobe. En effet, s'appuyant sur ce motif qui, *in fine,* protège l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, nous voyons poindre un intérêt, objectif celui-là, qui découle de la politique juridique de la procédure collective, un intérêt général économique en quelque sorte, dont le ministère public et le préfet sont garants.

L'intérêt collectif est alors autonome par rapport à cet intérêt économique objectif.

b : L'intérêt de la société

Un intérêt nouveau. Sa mention en droit de procédures collectives est une nouveauté issue de la loi du 6 août 2015, qui, au premier alinéa du II de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce créa la possibilité pour le tribunal « d'ordonner, au profit des personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan, la cession de tout ou partie de la participation détenue dans le capital par les associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital et qui

---

[1] V., en ce sens M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse, LGDJ, 2004, Bibliothèque de droit privé, tome 411, n° 32, p. 26.

[2] F. Ost, *Droit et intérêt – Volume 2 : entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, 1990, p. 177.

[3] Sur cette expression v., M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit*.

[4] Cons., const. 22 juillet 2005, DC n°2005-522, précité.

[5] V., E. Garaud, « Irresponsabilité du banquier si le concours assorti de garanties exagérées n'est pas lui-même fautif », *LPA* 24 juillet 2012, n° 147, p. 18.

détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage dans les assemblées générales de cette société ou qui disposent seuls de la majorité des droits de vote dans cette société en application d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société.

Toute clause d'agrément est réputée non écrite ». Dit autrement, l'accord conclu dans l'intérêt de la société est remis en cause si l'associé refuse la modification du capital.

Double sens. Cette insertion en droit des procédures collectives d'une notion connue en droit commun des sociétés[1], assimilée à l'intérêt social[2], qui n'est pas défini par le Code de commerce, possède une double acception[3].

Il peut renvoyer soit à l'intérêt immanent de l'entreprise, dans ce cas l'intérêt de la société correspond à celui prévu aux articles 1832 et 1833 du Code civil selon lesquels la communauté d'intérêts qui lie les associés, s'oppose à ce que certains s'avantagent en délaissement des autres. Ces articles confirment alors que la société est constituée dans l'intérêt des associés ; elle n'est pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés.

Soit à un intérêt transcendant les intérêts individuels, un intérêt propre à l'entreprise si l'on veut. L'intérêt de la société transcendant possède sa plus forte manifestation dans les finalités attachées à la procédure collective, à savoir la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi, l'apurement du passif, voire mettre fin à l'activité ou réalisation du patrimoine du débiteur. En ce sens, l'intérêt de la société peut être défini comme « l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise[4] ».

---

[1] V., les articles L.242-6 ; L.124-10 ; L.225-231 ; L.233-3 ; L.221-4 et L.247-8 du Code de commerce.

[2] Sur cette notion, J. Schapira, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.* 1971, p. 959 ; G. Sousi, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales,* thèse, Lyon III, 1974 ; A. Constantin, « L'intérêt social, quel intérêt ? », *in Études offertes à Barthélémy Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 315 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, n° 689, p. 417, qui réduit l'intérêt de la société, l'intérêt social à l'intérêt de l'entreprise.

[3] D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCP E* 21 septembre 1995, n°38, I, 488.

[4] *Ibid*.

Or, quelle acception choisir[1] ? Parce qu'il faut faire un choix[2]. C'est à l'organe de direction qu'il appartiendra de faire ce choix, de sorte que l'intérêt de la société relèvera d'une appréciation *in concreto*. On appréciera donc les intérêts, subjectifs, concrets en cause dans l'espèce litigieuse[3].

Quoi qu'il en soit, l'intérêt de la société, intérêt intrinsèque à la procédure collective, car de lui dépend la possibilité pour le tribunal d'ordonner, en dépit de la force obligatoire des contrats, une cession d'actions ou de parts sociales, est empreint de subjectivité, peu important l'acception retenue.

Le dirigeant qui agi contre l'intérêt de la société devrait être responsable. Mais, cette possibilité d'éviction de l'associé ou de l'actionnaire, n'est possible qu'à certaines conditions. Celles-ci sont citées par le premier alinéa de l'article L.631-19-2 du Code de commerce, qui dispose que « lorsque la cessation d'activité d'une entreprise d'au moins cent cinquante salariés ou constituant (…) une entreprise dominante d'une ou de plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins cent cinquante salariés est de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi et si la modification du capital apparaît comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité, après examen des possibilités de cession totale ou partielle de l'entreprise ». L'idée sous-jacente à ce texte est de faire dépendre la cession forcée d'actions au cas où l'associé ou l'actionnaire refuserait de modifier le capital social, refus qui aurait des répercussions graves quant à l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.

---

[1] M. Mekki propose une combinaison des deux courants, *in L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.,* n° 694, p. 421.

[2] D. Schmidt nous donne les raison de ce choix, « d'abord parce que chaque acception de l'intérêt social guide à l'évidence une autre politique : les décisions d'investir, de distribuer des dividendes, d'absorber une société, par exemple, seront prises différemment selon que l'on considère le seul intérêt des associés ou d'autres intérêts ». « Ensuite, le choix s'impose parce que chaque acception conduit à un autre mode de gouvernement : s'agissant d'optimiser la valeur de l'action, les dirigeants sociaux disposent du choix des moyens, mais l'exercice de leur pouvoir s'inscrit dans le cadre délimité de l'objectif qui leur est fixé ; s'agissant d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise, les dirigeants vont apprécier tous les intérêts catégoriels au sein et autour de l'entreprise, ce qui leur permet de dégager l'intérêt social : cette tâche ne relève que d'eux car ni les actionnaires, ni les administrateurs non dirigeants ne disposent des moyens et de l'information nécessaires à cette fin ». « Enfin, le choix s'impose parce que le marché doit savoir si telle société recherche l'optimisation de la valeur de l'action ou poursuit des fins propres distinctes de celles de l'actionnaire ».

[3] V., à propos de l'identification des intérêts en présence : B. Girard, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, thèse, LGDJ, 2015, Bibliothèque de droit privé, tome 562, n° 273, p. 287.

Autrement dit, le propriétaire de parts ou d'actions sera tenu pour responsable du risque qu'il fait courir à l'intérêt économique général, s'il refuse une telle modification ; responsabilité qui se traduit par la perte de ses parts ou d'actions. Ceci dit, l'intérêt de la société ne prime donc pas sur l'intérêt économique objectif de la procédure collective.

Certes, cette innovation théorique importante ne vise, en pratique, qu'un très petit nombre d'entreprises. Mais, l'évolution du droit des procédures collectives tendant, à un équilibrage entre les prérogatives du débiteur et les initiatives du créancier[1], nous fait nous demander si on ne tendrait pas vers une généralisation de la possibilité de rendre responsable le dirigeant du risque qu'il fait courir à l'intérêt économique général. Dans ce cas, il faudrait selon nous faire dépendre la recherche de la responsabilité civile au trouble causé à la politique juridique de la procédure collective. Cet outil interviendra donc pour protéger son efficacité juridique, ce qui se traduirait par la recherche d'un équilibre des intérêts. D'autant plus que l'intérêt de la société n'est pas l'intérêt collectif des créanciers[2], ce qui aboutirait à la création d'un nouveau préjudice.

c : Les intérêts en présence

Les intérêts « en présence », représentés par ceux des créanciers, de la société, du débiteur et, nous le verrons, de la procédure ; ces intérêts visés à l'article L.621-9 du Code de commerce introduisent une règle de compétence générale d'attribution pour le juge-commissaire.

Que recouvrent-ils ?

Une idée ancienne d'abord, au terme de laquelle le juge-commissaire est « chargé spécialement d'accélérer et de surveiller les opérations et la gestion de la faillite[3] ». Si une difficulté survient, son rôle premier est alors de réunir « ceux que les intérêts divisent et de tenter une conciliation[4] ». L'évolution poussa le législateur à consacrer la protection de ces intérêts.

---

[1] V., intervention de P. Rossi, « le débiteur et les créanciers, acteurs de la procédure : un nouvel équilibre ? », colloque *Réforme du droit des entreprises en difficulté, premiers bilans un an après*, Faculté de droit Alexis de Tocqueville, organisé par le CEP le 2 octobre 2015.

[2] V., Cass., crim. 27 janvier 2010, rejet n° 09-87.361, précité. Aussi, Ph. Roussel Galle, « Les créanciers au centre des conflits d'intérêts dans l'entreprise », *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2008, p. 1745.

[3] Loi du 8 juin 1838 sur les faillites et banqueroutes.

[4] M. A. F. Lainné, *Commentaire analytique de la loi du 18 juin 1838 sur les faillites et banqueroutes*, *op. cit.,* p. 83.

Ces intérêts en présence, propres à l'espèce litigieuse et intrinsèques, car ils ne concernent pas les tiers à la procédure collective, sont mis en balance et le rôle du juge-commissaire, en tant que « chef d'orchestre de la procédure[1] » sera de veiller au respect de leur équilibre. Ces intérêts en présence sont donc encadrés par l'ordre public des procédures collectives.

La formule générale de l'article L. 621-9 du Code de commerce, permet englober un nombre infini de demandes ne faisant l'objet d'aucune disposition spécifique. Ainsi, afin de garantir cet équilibre, le juge-commissaire peut « tenir compte, (…), du risque que cette attribution ferait courir à l'un des copartageants à raison de la situation précaire de l'attributaire[2] ». Il statuera en équité en appréciant « d'un côté des déclarations de créances et des concours consentis par les trois banques et de l'autre, des obligations souscrites par la banque mandataire du groupement en raison des mobilisations des créances de la société en liquidation judiciaire[3] ».

Il le fera « en vue d'analyser, recouper et synthétiser sur un plan technique les créances afin de permettre le contrôle des déclarations[4] ».

Finalement, la mission de protection confiée au juge-commissaire s'apprécie *in concreto*, il prend en compte les intérêts concrets en cause dans l'espèce litigieuse, il sélectionne ces intérêts et vérifie que l'équilibre est préservé entre les intérêts concrètement impliqués.

2 : L'intérêt public de la procédure collective

L'intérêt public vs l'intérêt collectif. Seul l'article L. 641-10 du Code de commerce vise cet intérêt, pour maintenir l'activité en liquidation judiciaire afin de permettre la transmission de l'entreprise[5]. Il dispose que « si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal (…) ».

---

[1] F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais avec la collaboration d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – cinq années d'application de la loi de 1985*, *op. cit.,* n° 90 ; P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 331-11, p.505 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 487, p. 228 ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 491, p. 288.

[2] Cass., com. 3 octobre 2006, rejet n° 05-16.463.

[3] Cass., com. 22 janvier 2002, rejet n° 99-14.357.

[4] Cass., com. 22 janvier 2002, rejet n° 99-14.357.

[5] Notons qu'il ne vise pas l'intérêt du débiteur ou du dirigeant de l'entreprise, par exemple pour lui permettre de faire de nouvelles propositions. V., CA Douai, 25 octobre 2007, n° 07/01054.

La conjonction de coordination « ou » nous indique une alternative, donc que l'intérêt public n'est pas l'intérêt des créanciers qui réside principalement dans le maintient à l'équilibre (non l'augmentation) du passif ou dans la meilleure valeur possible du fonds cédé (pour protéger au mieux le gage des créanciers). L'intérêt public, non précisé par le législateur, semble recouvrer notamment la préservation de l'entreprise, la poursuite de « l'activité pour maintenir les contrats de travail et l'emploi[1] », ouvrant alors la porte à « toutes les pressions ou dérives » et si l'intérêt public exige notamment le maintien des contrats de travail, il peut servir aussi à étaler les licenciements dans le temps[2], et donc au final desservir les intérêts des créanciers.

Pour savoir si cet intérêt requiert le maintien de l'activité, les juges du fond utilisent un faisceau d'indices, à dimension objective, comme la nature de l'activité et la dimension de l'entreprise[3].

On constate alors non seulement que l'intérêt public et l'intérêt des créanciers ne coïncident pas, mais qu'ils peuvent s'opposer.

La priorité est donnée à l'intérêt public. Peut se poser la question de savoir si l'alternative implique une recherche prioritaire de l'intérêt public, cité en premier, par rapport à l'intérêt des créanciers ? Ou alors, implique-t-elle un choix laissé à l'administrateur ? Nous répondons par l'affirmative à la première question, en nous appuyant sur un arrêt de la cour d'appel de Poitiers qui, sur la demande de poursuite provisoire d'activité, envisage d'abord l'intérêt public, le rejette, puis traite de l'intérêt des créanciers[4].

L'intérêt public n'est pas l'ordre public. L'intérêt public se distingue de l'ordre public car il renvoie à un intérêt transcendant[5]. L'ordre public ne se réduit pas à la poursuite de l'intérêt public, il ne « se situe pas dans une sphère séparée des intérêts privés[6] », de sorte « qu'un intérêt privé est d'ordre public lorsqu'il procède d'une valeur à laquelle la société

---

[1] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* 2014, n°1229, p. 770.
[2] Exemple proposé par Y. Guyon, *Droit des affaires – tome 2, op. cit.,* p. 335.
[3] Au regard de la nature saisonnière de l'activité, un bar glacier restauration rapide et de la dimension modeste de l'entreprise, l'intérêt public ne requiert pas le maintien de l'activité. V., CA Poitiers, 21 septembre 2010, n° 10/00885.
[4] CA Poitiers, 21 septembre 2010, n° 10/00885, précité.
[5] En ce sens, v., M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.,* n° 309, p. 197.
[6] F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome II, 2e éd., LGDJ, 1996, n°175, p. 178.

accorde une importance fondamentale[1] ». En définitive conclut M. Mekki, « un intérêt d'ordre public est un intérêt supérieur pouvant tantôt être de nature privée, tantôt être de nature publique[2] ». L'ordre public forme alors un outil conciliateur, entre les intérêts de l'individu et celui de la société, au sein de laquelle il s'insère. De plus, il hiérarchise ces intérêts « en fonction des valeurs sociales qu'ils véhiculent[3] ». S'il existe donc une notion autonome d'ordre public, générale, celle-ci possède aussi des sous-ordres, tel l'ordre public des procédures collectives[4]. Cet ordre public, dérogatoire à plusieurs ensembles juridiques comme nous avons pu le constater, existe et correspond aux principes essentiels, à ce qui constitue le socle d'une procédure collective[5].

Aussi, en quoi l'intérêt public se distingue-t-il de l'intérêt de la société ?

Au sein de la société, nous l'avons vu, l'ordre public y joue un rôle important. L'intérêt public, émanation de cet ordre public, s'entend comme l'intérêt englobant celui de la société. L'intérêt de la société, inclut dans l'intérêt public est de poursuivre ce dernier.

Se met alors en place une échelle des intérêts intrinsèques de la procédure collective. Au sommet y figure l'intérêt public, intérêt de la procédure. Il est hiérarchiquement supérieur à l'intérêt collectif des créanciers ainsi qu'à l'intérêt de la société. Ces intérêts étant eux-mêmes hiérarchiquement supérieurs aux divers intérêts individuels.

Dès lors, on constate que plus on tend vers l'intérêt public moins le caractère subjectif de l'intérêt est présent.

Ces différents intérêts, hiérarchisés, sont à la source de la politique juridique de la procédure collective.

---

[1] G. Cornu, *Droit civil. Introduction, Les personnes, Les biens*, 9e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 1999, n°341, p. 135.

[2] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.,* n° 309, p. 197.

[3] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.,* n° 311, p. 198.

[4] Véritable matière « d'ordre public économique », selon A. Martin-Serf, « L'insolvabilité internationale et les groupes de sociétés », *Rev. proc. coll.,* n°6, novembre 2013, dossier 48.

[5] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 093-32, p.146. Sont d'ordre public, l'arrêt des poursuites individuelles, le dessaisissement du débiteur, la déclaration de créance, l'interruption de l'instance, etc. Au final toutes les règles des procédures collectives sont d'ordre public.

B : L'intérêt : fondement de la politique juridique

L'intérêt est protégé. À l'origine, le droit des procédures collectives était un terrain où s'affrontaient des intérêts particuliers. Aujourd'hui, l'intérêt public, la survie de l'entreprise, au sommet de l'échelle des intérêts, supplante, dans sa verticalité, ces intérêts autonomes.

L'intérêt, dans sa dimension subjective, est à l'origine des conflits en droit des procédures collectives. Il oriente aussi leur résolution, car lorsque la finalité consiste en la réparation d'un préjudice personnel, l'action personnelle est justifiée par un intérêt individuel. *A contrario*, lorsque la finalité tient en la réparation d'un préjudice collectif, l'action collective est justifiée par un intérêt collectif. On ne peut que constater le pragmatisme dans la construction du droit des procédures collectives : l'intérêt collectif étant conçu pour pallier à la divergence des intérêts individuels.

En effet, un créancier ne peut pas exercer personnellement l'action collective. S'il est victime d'un préjudice personnel, individuel, donc contraire au préjudice résultant pour tous les créanciers de l'ouverture de la procédure collective, il peut agir en réparation contre le tiers responsable, et ce, dans les conditions de droit commun. Dans ce cas, « la recevabilité d'une action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions[1] ». Or, ce préjudice personnel a « pour fondement un intérêt distinct de celui des autres créanciers[2] », solution qui peut être étendue à l'action collective. Dans ce cas, le préjudice collectif, inhérent à la procédure collective et dont la finalité est la reconstitution du gage commun[3], aura pour fondement un intérêt collectif. Donc, du caractère personnel ou collectif de l'intérêt découle celui du préjudice, autrement dit, de la qualification du préjudice dépend celle de l'intérêt en cause. C'est donc l'intérêt qui justifie l'exercice de l'action ; que ce soit par le représentant des créanciers, par les créanciers contrôleurs ou par un créancier pris isolément.

---

[1] Cass., com. 7 mars 2006, rejet n° 04-16.536 ; *Rev. sociétés*, 2006, p. 644, note J.-F. Barbièri ; *D.* 2006, p. 857, note A. Lienhard ; *RTD com.* 2006, p. 431, note P. Le Cannu ; *Bull. Joly* 1er juillet 2006, n° 7, p. 938, note F.-X. Lucas.

[2] Cass., com. 11 octobre 1994, rejet n° 90-16.309.

[3] Cass., com. 28 juin 2016, cassation n° 14-20.118, précité.

L'organisation de la protection. Se pose alors la question de savoir si l'intérêt en procédure collective renvoie ou non à une notion juridique ? Si on ne considère pas l'intérêt comme un droit, pourquoi le protéger par une action en justice ?

Traditionnellement l'intérêt est tenu en marge du système juridique. C'est du non-droit, une notion de fait[1].

Si sans cette action l'intérêt est « de fait », il « ne crée qu'un état de fait d'utilité ou de jouissance (…) que le premier venu qui, en fait, en a le moyen, peut impunément, à chaque instant, ébranler ou renverser[2] ». L'intérêt ne sera donc protégé que si le droit offre à son titulaire une possibilité d'agir en justice afin d'en demander le respect[3]. Cette position fait de l'intérêt un outil des droits subjectifs, de sorte qu'en dehors de ces droits, l'intérêt ne possède pas d'effet juridique propre.

Donc, parce qu'il est susceptible de faire l'objet d'une protection, que ce soit par le droit commun de la responsabilité civile ou par le droit des procédures collectives, l'intérêt renvoie à une notion juridique. Ainsi, la protection juridique, consistant dans le droit à réparation, n'est d'ailleurs que la « conséquence et le signe de ce que l'intérêt est reconnu suffisamment proche, suffisamment défini aussi, pour mériter la qualification de droit, et, par suite, la protection[4] ».

Une protection induite par un préjudice. Or, nous l'avons vu, le représentant des créanciers est seul, sauf carence, chargé de la défense de leur intérêt collectif ; le créancier qui souhaite agir par lui-même en justice doit alléguer un préjudice personnel distinct de celui subi par les autres créanciers, qui peut être négativement défini comme celui qui n'est pas partagé par la collectivité des créanciers[5]. Ce préjudice distinct est autonome, de sorte que l'élément qui importe quant à la recevabilité de l'action individuelle du créancier, ce n'est pas la faute qu'il a subi ; car peu importe qu'elle soit à l'origine de la procédure collective, qu'elle l'ait aggravée, qu'elle ait donc causé un préjudice collectif. Ce qui importe c'est la nature du

---

[1] Ph. Gérard, *et al.,* « Avant-propos », *in Droit et intérêt – Volume 1 : approche interdisciplinaire*, sous la direction de Philippe Gérard, François Ost et Michel Van de Kerchove, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, 1990, p. 9.

[2] R. Von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement,* trad. O. De Meulenaere, 2e éd., tome IV, A. Marescq édition, p. 326.

[3] V., T. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile,* Larcier, Collection de thèses, 2005, p. 176.

[4] J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, p. 82.

[5] V., P.-M. Le Corre, « Notion d'action tendant à la défense de l'intérêt collectif des créanciers », *D.* 2015, p. 1970.

préjudice. Cette solution nous est donnée par un arrêt rendu par la chambre commerciale le 30 octobre 2012[1].

Dans cette affaire d'escroquerie à la TVA, pour obtenir un crédit de TVA fictif, il y avait deux victimes : une banque (crédit coopératif) et le Trésor public. La première avait consenti, par cession Dailly, des avances en compte courant de ce crédit fictif ; elle en demandait remboursement au second. Le dirigeant fut condamné par les juges du fond pour escroquerie envers le Trésor public, quant à l'expert-comptable et au commissaire aux comptes, ils ont été condamnés pour complicité.

Une procédure collective ayant été ouverte à l'encontre de la personne morale, la banque, qui n'a pas été remboursée de ses avances, déclara sa créance et assigna l'expert-comptable et le commissaire aux comptes en responsabilité sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil et de l'ancien article L.621-39 du Code de commerce. Le premier concerne la responsabilité du fait personnel, le second la capacité pour le mandataire d'agir dans l'intérêt collectif des créanciers. Dans quelle mesure l'action individuelle de la banque était-elle recevable ? Pour l'être, elle doit alléguer un préjudice distinct de celui des autres créanciers.

Or, selon la Haute juridiction, la Cour d'appel, qui avait constaté que « l'intervention du commissaire aux comptes avait déterminé l'octroi d'une avance dont le remboursement par l'État était impossible », a caractérisé un préjudice propre à l'établissement de crédit. Ne tirant pas les conséquences légales de ses constatations, l'arrêt fut cassé.

En effet, la Cour d'appel avait retenu que ce fut la faute du commissaire aux comptes, qui eut consistée en la certification générale des comptes fictifs, qui détermina l'ensemble des créanciers à poursuivre leurs relations, et finalement qui caractérisa le préjudice collectif. Alors que la faute de l'expert-comptable, à savoir l'attestation mensuelle des comptes fictifs, caractérisait pour la banque un préjudice personnel distinct.

Donc, si le préjudice pour la banque était le même dans les deux cas, des avances non remboursées de TVA, la faute subie différait. Et c'est sur le fondement de cette différence que la Cour d'appel a solutionné la question de la recevabilité de l'action, « alors qu'elle ne devait rechercher que la spécificité du préjudice allégué[2] ». Ce faisant, celle-ci confondit faute et préjudice, de sorte que, et c'est la conclusion que tire M. Le Mesle, « pas plus que la pluralité

[1] Cass., com. 30 octobre 2012, cassation n°11-20.591, *BJE* 1er janvier 2013, n°1, p. 16, note L. Le Mesle.

[2] L. Le Mesle, « Recevabilité de l'action individuelle d'un créancier : qu'est-ce qu'un préjudice distinct de celui de l'ensemble des créanciers ? », *BJE* 1er janvier 2013, n°1, p. 16.

de créanciers victimes d'une même faute, la pluralité de causes à l'origine du préjudice allégué ne peut rendre irrecevable l'action du créancier[1] ».
Finalement, l'intérêt ne prend vie qu'une fois lésé et dans la mesure du préjudice.
En conséquence, l'intérêt peut être considéré comme la source de la politique juridique de la procédure collective, du fait de son autonomisation, qui peut se constater par l'inégalité de traitement que subit les créanciers ; soit qu'on agisse dans leur intérêt collectif, soit qu'un d'entre eux agisse seul.
Donc, les finalités des procédures collectives participent à l'efficacité de son droit. L'intérêt devient dans ces conditions inhérent à la politique juridique de la procédure collective. Il lui sert d'étalon pour apprécier le comportement des dirigeants, démontrant par là cette autonomisation puisque leur intérêt personnel ne se confond pas avec celui de la société qu'ils dirigent[2].

Or, si l'intérêt fonde, explique la politique juridique de la procédure collective, la responsabilité civile qui en est un outil aura pour fonction de maintenir l'équilibre entre les intérêts, pour protéger l'efficacité juridique du droit des procédure collectives.

Paragraphe 2 : L'équilibre des intérêts protège l'efficacité juridique

L'inventaire des intérêts que nous avons dressé nous paraît réducteur. Il ne rend pas compte de la manière dont l'efficacité de la politique juridique de la procédure collective est préservée. En outre, l'intérêt est la source de la politique juridique de la procédure collective, parce qu'il constitue la clé de voûte des relations au sein de la procédure collective. Or, c'est précisément l'interaction entre les personnes qui est à l'origine des conflits pour lesquels la responsabilité civile peut être recherchée, de sorte que celle-ci, en tant qu'outil de la politique juridique de la procédure collective, viendra en quelque sorte garantir le respect de l'équilibre au sein de ces relations et donc sanctionner tout défaut dans l'équilibre des intérêts, partant protéger l'efficacité juridique du droit des procédures collectives. Pour ce faire, il va nous falloir préciser les intérêts à prendre en considération (**A**) afin de faciliter l'équilibre (**B**).

---

[1] L. Le Mesle, « Recevabilité de l'action individuelle d'un créancier : qu'est-ce qu'un préjudice distinct de celui de l'ensemble des créanciers ? », *BJE* 1er janvier 2013, n°1, p. 16.
[2] V., G. Auzero, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D. Affaires*, 26 mars 1998, n°110, p. 502.

A : L'assiette des intérêts affinée

L'autonomisation entre les intérêts « dans » et « de » la procédure, fait de l'intérêt le fondement de la politique juridique de la procédure collective. Celle-ci est conforme à la *ratio legis*, qui vise à préserver l'efficacité de cette politique économique.

Toutefois, lorsque l'on écrit que l'intérêt est le fondement de la politique juridique, cela signifie qu'il le reste tant que l'échelle des intérêts est préservée. Si un déséquilibre apparaît, ce fondement est perturbé et ce sera ce déséquilibre qui sera à l'origine de la recherche de responsabilité.

Donc pour que l'efficacité de la procédure collective puisse être préservée, l'intérêt de la procédure collective doit chapeauter ceux qui lui sont intrinsèques. C'est pourquoi l'idée de l'échelle des intérêts nous parait pertinente ici. Autrement dit, pour que l'efficacité juridique du droit des procédures collectives soit préservée, l'intérêt public doit garder une valeur supérieure par rapport aux intérêts dans la procédure, dans le cas contraire, puisque protectrice de cette efficacité, la responsabilité civile interviendra pour rééquilibrer les intérêts et donc préserver la politique juridique de la procédure collective.

L'intérêt de la procédure possède une valeur supérieure par rapport aux intérêts intrinsèques. L'intérêt de la procédure est conçu de telle façon qu'il s'impose aux intérêts dans la procédure. Dans la hiérarchie des intérêts, il s'impose à eux. Or, la hiérarchie, telle que nous l'entendons, correspond à une « classification dans laquelle les éléments sont ordonnés en une série croissante ou décroissante, selon un critère de valeur, numérique ou autre, ou d'importance[1] ». La hiérarchie est donc une question d'ordre. Cet ordre est la conséquence de la discipline à laquelle doivent se soumettre, du fait de l'ouverture de la procédure collective, les porteurs d'intérêts. Renvoyant à l'idée de subordination, « chaque terme de la série sera supérieur au précédent par un caractère de nature normative[2] ». Les intérêts dans la procédure devront donc être conformes et mettre en œuvre l'intérêt de la procédure.

L'intérêt de la procédure sera à la fois le résultat de la hiérarchie des intérêts intrinsèques et le fondement de cette hiérarchie, ce qui signifie qu'il est, aujourd'hui, de plus en plus concerné au titre de l'efficacité juridique[3].

---

[1] *Grand Larousse universel*, tome 8, « hiérarchie », sens 4.

[2] A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, vol 1, 3e éd., 1993, « hiérarchie ».

[3] V., M.-J. Campana, « L'État et les entreprises en difficulté », *in La société civile,* PUF, pp. 176 et 177.

L'influence de l'ouverture d'une procédure collective sur les intérêts. En outre, se poser la question de la supériorité d'un intérêt sur l'autre, renvient à se demander quel est l'intérêt le plus « touché » par l'ouverture d'une procédure collective.

Antérieurement à la loi du 13 juillet 1967, le droit des faillites s'occupait de régler des conflits d'ordre strictement privé. Preuve en était le critère de distinction entre le règlement judiciaire et la faillite. Le premier fut mis en place pour favoriser la continuation du commerçant honnête, alors que la seconde était conçue comme une sanction pouvant être prononcée à l'encontre du chef d'entreprise imprudent voire malhonnête. En d'autres termes, conclut Mme Campana, « l'entreprise économiquement viable dirigée par un malhonnête homme devait disparaître ; tandis que celle qui n'avait aucune chance d'être redressée mais dirigée par un homme auquel rien ne pouvait être reproché, se voyait octroyer tous les moyens pour assurer sa survie. Choix économiquement aberrant mais intéressant par la philosophie qu'il révèle : l'entreprise est bien la « chose » privée de son propriétaire et doit subir le même sort que lui, sans aucune considération d'ordre général ou social[1] ».

En 1967, point la nécessité de dissocier le sort du dirigeant de celui de l'entreprise[2], le premier terme obéissant à des appréciations morales, le second à des constatations économiques[3] : il faut sauver les entreprises viables. Objectif affirmé, quarante ans plus tard, par l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, qui dut « tirer les conséquences de l'évolution du droit des procédures collectives et en particulier du fait qu'il ne s'agit plus d'un droit destiné à sanctionner des manquements mais d'un dispositif qui ambitionne de permettre aux entreprises de surmonter leurs difficultés[4] ».

Toutefois, s'interrogea Mme Campana, « si l'on songe à sauver l'entreprise parce que l'on s'est décidé à prendre en compte l'intérêt général et social, on songe tout autant à assurer le paiement des créanciers. Le redressement de l'entreprise ne passe pas par le sacrifice de leurs droits. Mais pouvait-on maintenir un équilibre entre l'intérêt général - survie des entreprises viables - et les intérêts particuliers des créanciers ? [5]». S'il est évident que l'idée que l'on se fait des intérêts intrinsèques ne doit pas être galvaudée, puisqu'elle participe à la politique

---

[1] V., M.-J. Campana, « L'État et les entreprises en difficulté », *in La société civile,* PUF, pp. 176 et 177.

[2] R. Houin, *Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire : Étude des mécanismes : rapport de l'inspection générale des finances*, Sirey, p. 135.

[3] V., F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais avec la collaboration d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – cinq années d'application de la loi de 1985*, *op. cit.,* n° 1, p. 1.

[4] F.-X. Lucas, « L'ouverture de la procédure collective », *LPA* 10 juin 2004, n° 26, p. 4.

[5] M.-J. Campana, « L'État et les entreprises en difficulté », *op. cit.*, p. 177.

juridique de la procédure collective, une réponse positive reviendrait à nier une quelconque hiérarchie.

Aussi, peut-on, aujourd'hui, réellement affirmer que le droit des procédures collectives soit un droit protecteur d'intérêts privés ? Il suffit de constater le nombre d'ouverture de procédure pour se rendre compte de l'importance de la prise en compte de l'intérêt de la procédure, il est passé de 13.722 au deuxième trimestre 2012, à 14.026 au deuxième trimestre 2016[1]. Cette augmentation, associée aux finalités explicites des procédures collectives à savoir la sauvegarde, le maintien de l'emploi voire l'apurement du passif, comme implicites tel le rebond du débiteur ou celle relative aux actionnaires de la procédure collective de préserver l'intérêt de la société, traduit la volonté de l'état de préserver par nécessité cet intérêt public de la procédure.

Finalement, bien que l'ordonnance du 12 mars 2014 remette en cause le rapport de force entre les intérêts dans la procédure pour tendre à un rééquilibrage[2], force est de constater que ces intérêts intrinsèques doivent mettre en œuvre et être conformes à l'intérêt public.

La hiérarchie implicitement affirmée par la jurisprudence. L'affirmation selon laquelle l'échelle des intérêts comprend un intérêt de la procédure, hiérarchiquement supérieur aux intérêts dans la procédure, peut se déduire aussi, dans une certaine mesure, de la jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt que nous avons déjà rencontré, rendu le 16 décembre 2014[3], la chambre commerciale cassa un arrêt d'appel qui avait prononcé la clôture de la liquidation des biens à l'égard d'un débiteur en procédure depuis trente trois ans, au motif que cette procédure avait été privée de sa « justification économique » et qu'elle ne justifiait plus la privation du débiteur des droits sur son patrimoine, bien qu'existât, encore, des actifs réalisables.

En cassant l'arrêt, la Haute juridiction dissocia implicitement l'intérêt de la procédure collective, de l'intérêt du débiteur. C'est la justification économique de la procédure, à savoir le désintéressement des créanciers, qui justifie cette dissociation. Donc tant qu'il y a un actif réalisable, la procédure est justifiée économiquement, peu importe le temps écoulé.

---

[1] Source Altares : « 2ème trimestre 2016 – défaillances et sauvegardes d'entreprises en France ».

[2] V., P. Rossi, « le débiteur et les créanciers, acteurs de la procédure : un nouvel équilibre ? », colloque *Réforme du droit des entreprises en difficulté, premiers bilans un an après*, Faculté de droit Alexis de Tocqueville, organisé par le CEP le 2 octobre 2015.

[3] Cass., com. 16 décembre 2014, cassation n°13-19.402, précité.

Il existe donc bien une hiérarchie entre les intérêts de la procédure collective. Mais l'utilisation de ces intérêts bruts ne peut expliquer le fondement de la finalité protectrice de la responsabilité civile.

B : Une nouvelle approche des intérêts

La conception créatrice de l'intérêt. La conception classique de l'intérêt l'appréhende comme un concept n'ayant une consistance juridique uniquement à l'occasion du litige que suscite la mise en cause de la règle ou de l'obligation dont il est la contrepartie[1]. On parle alors « d'intérêt légitime juridiquement protégé[2] ». Or, « le porteur de l'intérêt légitime devra, (…), prouver et la faute et le dommage, comme si son intérêt ne prenait vie que d'être lésé et seulement dans la mesure de ce préjudice[3] ». C'est ce que M. Ost identifie comme étant la fonction créatrice de l'intérêt[4]. Celle-ci facilite le passage du fait au droit, d'une chose non déterminée, de diffus à un intérêt juridiquement reconnu. L'intérêt donne donc corps à des prestations factuelles, dès lors qu'il est effectif et légitime.
La responsabilité civile étant la contrepartie de l'intérêt lésé, ce dernier apporte le minimum de protection par la réparation des dommages. Ainsi, pour bénéficier de la protection de l'article 1240 du Code civil, l'intérêt lésé, selon la jurisprudence, doit présenter deux qualités. Il doit d'abord être porteur d'une certaine consistance ; la situation doit présenter une certaine stabilité, elle s'appréciera par un jugement de fait. Ensuite, la situation doit être légitime, c'est le jugement de valeur[5]. La jurisprudence consacre pleinement le rôle créateur de l'intérêt, du moins par cet aspect minimaliste de protection *a posteriori* des atteintes portées aux avantages que cet intérêt consacre[6].

---

[1] V., T. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile,* Larcier, Collection de thèses, 2005 et F. Ost, *Droit et intérêt – Volume 2 : entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit*.
[2] C'est à l'occasion de l'action d'une concubine dont le compagnon avait été tué que la chambre civile de la Cour de cassation exigea la lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé ». Cass., civ. 27 juillet 1937, 4e espèce.
[3] F. Ost, *Droit et intérêt – Volume 2 : entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.,* p. 39.
[4] V., F. Ost, *Droit et intérêt – Volume 2 : entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.,* p. 49 et s.
[5] V., F. Ost, *Droit et intérêt – Volume 2 : entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.,* p. 56.
[6] V., F. Ost, *Droit et intérêt – Volume 2 : entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.,* p. 57.

L'influence de la procédure collective. Mais, si l'intérêt est traditionnellement assimilé à l'action[1], l'évolution récente du droit des procédures collectives, notamment au travers de l'ordonnance du 12 mars 2014 et la loi du 6 août 2015, tend à superposer à l'action la nécessité du respect d'un équilibrage des divers intérêts intrinsèques. Or, la nécessité du maintien de l'équilibre des intérêts finit par repenser la finalité, partant l'approche de la responsabilité civile, utilisée au sein de la procédure collective.

- Dès lors, comment maintenir cet équilibre ?

L'utilisation adaptée de la responsabilité civile. L'intérêt constitue le fondement de la politique juridique de la procédure collective, c'est à dire le fondement de l'intervention de la responsabilité civile, qui sera utilisée comme un outil mis au service de son efficacité juridique. Or, l'intérêt tel qu'il est présent dans le droit de la procédure collective obéit à une hiérarchie : l'intérêt de la procédure est hiérarchiquement supérieur aux intérêts dits intrinsèques. Donc la responsabilité civile doit être utilisée pour garantir cette hiérarchie ; dès lors qu'un déséquilibre apparaît la responsabilité civile sera utilisée.

La responsabilité civile adaptée pour maintenir cet équilibre. Le principe selon lequel, tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui, l'oblige à le réparer, ne s'oppose pas à ce que « le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée. Assez classiquement, ces possibilités de dérogations doivent répondre à un motif d'intérêt général[2] ». Motif rencontré à propos de l'article L. 650-1 du Code de commerce[3], pour lequel le Conseil constitutionnel se sert de ce motif d'intérêt général pour justifier la limitation de responsabilité envers les créanciers ayant apporté leur concours.

Ce motif, d'ordre économique, selon MM. Deumier et Gout, « réduit les dimensions de la responsabilité à une question principale d'équilibre économique de l'indemnisation, reléguant sa fonction morale à un autre type de préoccupation[4] ». Or, cette idée est très intéressante puisqu'elle relie l'intervention de la responsabilité civile à au respect d'un équilibre, de sorte

---

[1] L'article 31 du Code de procédure civile dispose que : « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention (…) ».

[2] P. Deumier et O. Gout, « la constitutionnalisation de la responsabilité civile », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n°31, mars 2011.

[3] Cons., const. 22 juillet 2005, DC n°2005-522, précité.

[4] P. Deumier et O. Gout, « la constitutionnalisation de la responsabilité civile », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n°31, mars 2011.

que la finalité du droit de la responsabilité civile en droit des procédures collectives qui, en tant qu'outil de la politique économique poursuit à au moins pour objectif la poursuite de l'intérêt général, pourra être mis œuvre dès lors qu'apparaîtra un déséquilibre.
Or, l'intérêt général, selon M. Mekki, « se présente comme le résultat d'une certaine combinaison entre les intérêts publics et/ou les intérêts privés[1] ». Appliqués à notre matière, ces intérêts publics, qui appartiennent donc à la sphère publique, renvoient à l'intérêt de la procédure et les intérêts privés, appartenant eux à la sphère privée, sont les intérêts intrinsèques à la procédure collective. En conséquence, l'intérêt général se présentera comme celui qui chapeaute les différents intérêts de la procédure collective.
La responsabilité civile qui garantit le respect de la supériorité de l'intérêt public sur les intérêts intrinsèques, participe alors à la protection de l'intérêt général.

Donc, par la procédure collective, la responsabilité civile s'actualise pour protéger l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, en garantissant l'équilibre des intérêts intrinsèques.

La nécessité de respecter le principe de proportionnalité. L'équilibre des intérêts du droit des procédures collectives implique paradoxalement une subordination. Elle répond à un principe hiérarchique. Or, afin de garantir le respect de cette hiérarchie, la manière d'utiliser la responsabilité civile amène à la nécessité de respecter le critère de proportionnalité[2], ce qui réduira l'imprévisibilité et l'arbitraire. En effet, le respect de la proportionnalité implique la protection de cette hiérarchie, ce qui supposera une appréciation *in concreto* et objective des intérêts.
Donc, le déséquilibre au sein de cette hiérarchie impliquera l'utilisation de la responsabilité civile, appréciée à la lumière de ce critère, dont la finalité convergera vers la protection de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.
Le respect de la hiérarchie se fera alors à l'aune de la proportionnalité, par la mise en balance des intérêts (**1**).

[1] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.,* n° 71, p. 59.
[2] La nécessité du respect de ce principe en droit des procédures collectives ne fut consacré que « récemment » par la Cour de cassation. V., Cass., com. 15 décembre 2009, cassation n° 08-21.906, précité. Aussi, Cass., com. 30 mars 2010, cassation n° 08-22.140, précité.

1 : La recherche d'un équilibre par la mise en balance des intérêts correspond à la finalité actualisée de la responsabilité civile par les procédures collectives

Sur la balance des intérêts. S'il est habituel de concevoir la balance des intérêts comme une méthode judiciaire de résolution des conflits, tel ne sera pas pour cette méthode. La recherche d'un équilibre par la mise en balance des intérêts correspond à la finalité actualisée de la responsabilité civile par les procédures collectives. Certes, on peut objecter que la balance des intérêts possède des défauts, tel l'incommensurabilité des intérêts en présence[1]. La résolution de cette difficulté nous amènera à repenser notre approche des différents intérêts de la procédure collective (**a**).

Sur l'incommensurabilité des intérêts en présence. Comment, concrètement, mesurer les intérêts lorsqu'ils feront l'objet d'une action en responsabilité civile ? Il faudra se référer à la grille de lecture fournie par l'échelle des intérêts. Mais se pose alors un autre problème, comment savoir si les intérêts intrinsèques respectent bien l'intérêt public de la procédure ? Comment savoir, dans l'hypothèse d'un conflit entre les intérêts dans la procédure, lequel est supérieur à l'autre ?
En réalité, l'utilisation de la responsabilité civile ne peut pas mettre en balance les différents intérêts du droit des procédures collectives, car ils renvoient justement à ce droit, et leur nature différente, leur finalité opposée, ne peuvent aboutir à ce qu'ils soient conciliés, cela n'aurait pas de sens.

- Comment solutionner le problème ?

a : L'équilibre entre les intérêts réels et virtuels

De la pyramide au dualisme des intérêts. Il faut que la balance se fasse entre les intérêts d'un élément de la procédure collective et ceux qu'aurait cet élément s'il était placé dans une situation différente.

[1] Sur ce point, v., B. Girard, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, thèse, LGDJ, 2015, Bibliothèque de droit privé, tome 562, n° 312, p. 327.

Cette idée renvoie à celle de la fonction réparatrice de la responsabilité civile. La réparation, qui consiste en « la résorption du trouble social engendré[1] », nous fait nous placer du côté de la victime pour qui la réparation doit, en principe[2], être intégrale. En effet, la réparation est assurée « normalement par le paiement à la victime d'une indemnité correspondant à « la perte qu'elle a faite et au gain dont elle a été privée[3] ». À orientation économique, cette conception ne vise que la réparation du dommage résultant de la faute d'autrui dont la victime rapporte la preuve. Donc, la sanction de la faute entraîne la réparation. La fonction réparatrice consiste alors, nous l'avons vu, à « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu[4] ».

Or, la responsabilité civile est utilisée par la politique juridique de la procédure collective. Cette utilisation actualise sa finalité, par l'introduction de la balance des intérêts. De plus, parce que l'intérêt constitue le fondement de cette politique juridique, au service de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, la fonction protectrice modifiera cette finalité dont l'objet conduira à défendre un équilibre.

Ainsi, la protection de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives par la responsabilité civile, se manifeste par la garantie d'un équilibre entre des intérêts.

Or, la recherche d'un équilibre consistera à confronter deux intérêts différents. Ces deux intérêts découlent de la procédure collective en tant qu'environnement holiste, et la relient à la responsabilité civile, de sorte que par sa fonction protectrice de l'efficacité juridique, l'utilisation de cette dernière rendra possible l'appréciation de l'intensité de ces intérêts.

Ces deux intérêts sont l'intérêt réel et l'intérêt virtuel. L'intérêt réel nous le définissons comme celui qui vise à atteindre l'efficacité juridique du droit des procédures collectives. Or, parce qu'il participe à cette efficacité, la recherche de cet intérêt se fera sans que soit utilisée

---

[1] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 12, p. 9.

[2] Cet avantage, selon Geneviève Viney, ne doit pas être surestimé. V., G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 36, p. 78.

[3] G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 2, p. 3.

[4] Cass., civ. 2e 28 octobre 1954, *JCP* 1955. II. 8765 ; *RTD civ.* 1955, 324, obs. H. et L. Mazeaud. Solution jurisprudentielle s'inspirant de la doctrine de R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 2, 2e éd. LGDJ, n° 601.

la responsabilité civile. Quant à l'intérêt virtuel, il représentera l'avantage procuré à son porteur, avantage qui ne tend pas à la recherche de cette efficacité et dont la conséquence entraînera l'utilisation de la responsabilité civile.

Donc, la recherche d'un équilibre se fera entre ces deux types d'intérêts, en fonction de leur variation d'intensité. La protection sera donc effective lorsque l'intensité de l'intérêt réel sera supérieure à celle de l'intérêt virtuel. *A contrario* la finalité de la responsabilité civile tendant à équilibrer les intérêts sera appliquée lorsque l'intensité de l'intérêt virtuel sera supérieure à celle de l'intérêt réel. Pour appuyer cette démonstration, prenons l'exemple de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (**α**), du soutien abusif (**β**), de la responsabilité pour faute ayant contribué à la cessation des paiements (**ɣ**) et, aussi bien qu'il ne s'agisse pas d'une action en responsabilité, subjective, la possibilité d'éviction des actionnaires si le refus de modifier le capital social risque d'entraîner un trouble grave à l'économie (**δ**).

α: L'application de ces intérêts à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Au titre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faute de gestion qui a contribué à l'insuffisance d'actif, causant alors un préjudice aux créanciers, est la condition pour que soit recherchée la responsabilité du dirigeant de droit ou de fait. Elle constitue donc une atteinte à l'intérêt collectif[1]. Or, cette faute, qui cause un préjudice à l'intérêt collectif profitera, du fait de sa réparation, à l'intérêt collectif. N'y a-t-il pas là un paradoxe ?
La question se pose car la faute de gestion est commise dans l'intérêt particulier du dirigeant, de sorte que cette action devrait profiter à un intérêt particulier et être exercée dans cet intérêt particulier ; et l'intérêt à la réparation qui en découle devrait être, aussi, un intérêt particulier. Or, tel n'est pas le cas, et pire, l'intérêt à la répression, est un intérêt collectif, voire général. Donc, deux termes *a priori* contradictoires se retrouve liés l'un à l'autre par cette action.
La raison selon nous tient en la prise en compte des deux types d'intérêt utiles pour la recherche d'un équilibre. Donc, peu importe que l'intérêt individuel dépende de l'intérêt collectif et inversement. L'intérêt virtuel sera celui du dirigeant de droit ou de fait qui a tiré avantage de la situation, sans rechercher à respecter les finalités de la liquidation judiciaire, à tel point que cet avantage a aggravé le passif. Alors que l'intérêt réel, sera celui à voir

[1] L'action du représentant des créanciers ou des contrôleurs se fait, selon l'article L.651-3 du Code commerce, dans « l'intérêt collectif ».

compenser l'insuffisance d'actif, ce qui devrait rééquilibrer les droits des créanciers et finalement protéger l'efficacité juridique du droit des procédures collectives. Ainsi, si ce dernier intérêt n'est pas privé d'effet par une faute de gestion, la responsabilité civile ne sera pas utilisée car l'intérêt réel est mis au service de l'efficacité juridique, ce qui, au final, est en accord avec la politique juridique de la procédure collective. Par contre, dès lors que l'intérêt virtuel est prouvé, l'avantage perçu par la faute de gestion entraîne la nécessité d'un rééquilibrage par l'action en responsabilité.

β : L'application de ces intérêts pour rechercher la responsabilité du créancier souteneur

L'irresponsabilité du créancier ayant apporté son concours, peut être levée nous dit le texte de l'article L. 650-1 du Code de commerce dans trois cas et, précise la Cour de cassation, lorsque ces concours sont « en eux mêmes fautifs[1] ». Donc, l'irresponsabilité des créanciers ne joue uniquement si les préjudices ont été causés par les concours. Son effet est annihilé par la preuve du caractère fautif du crédit, ainsi que celle d'un des trois cas limitativement énumérés par la loi[2]. C'est uniquement dans ces conditions que la responsabilité se débloquera et que le concours, cause du préjudice, deviendra fautif.

Ce déblocage prouve encore l'utilisation de la procédure collective par la politique économique, puisqu'au delà de la nécessité du crédit, de la possibilité de restructurer la dette, le créancier ne doit pas être responsable s'il octroie un concours, même fautif.

De ceci, nous pouvons encore identifier les deux intérêts utiles à la recherche d'un équilibre. L'intérêt virtuel est celui du créancier qui, bien que soumis à une discipline collective, agira dans son intérêt personnel. Toutefois, ce dernier doit s'appréhender dans sa temporalité. Deux temps sont nécessaires à sa caractérisation, un premier temps, préalable en quelque sorte, requiert un agissement fautif ; et un second, nécessaire, caractérisé par les causes de déchéance de responsabilité. Pour l'intérêt réel, il se situe dans la nécessité de sauvegarder la possibilité d'apporter son concours à l'entreprise en difficulté.

Donc, dès lors que l'intérêt personnel du créancier sera prouvé, cela signifiera que son action est contraire à la finalité des procédures collectives, et que son concours préjudicie à l'efficacité juridique du droit des procédures collectives. On comprend alors qu'en pratique leur responsabilité soit beaucoup recherchée mais rarement retenue[3]. Le titulaire de l'action en

---

[1] Cass., com. 27 mars 2012, rejet n°10-20.077, précité.

[2] P. Hoang, « Les actions de droit commun du coemprunteur in bonis emportées dans la spirale de l'irresponsabilité du prêteur », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, étude 7, p. 17.

[3] V., *infra* « Une atteinte négative pour les créanciers ayant apporté leur concours ».

responsabilité pour soutien abusif doit apporter une double preuve, celle-ci associée à la possibilité pour le banquier de rompre son concours, lui donne un choix *quasi* discrétionnaire, assis uniquement sur ses propres intérêts, ce qui, au delà de faire perdre la confiance dans le crédit, dessert l'entreprise et plus globalement l'intérêt général. D'où notre proposition de rechercher des solutions en amont liées à l'octroi d'un crédit[1].

ɣ : L'application de ces intérêts à l'action en responsabilité pour cessation des paiements

L'article L. 631-10-1 du Code de commerce prévoit la possibilité d'ordonner une mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements.

En bref, cet article permet d'introduire une action en responsabilité pour prendre une mesure conservatoire. Donc, ce qui justifiera la privation de propriété c'est l'action en responsabilité fondée sur une faute, faute qui doit avoir contribué à la cessation des paiements. Pourquoi introduire une action en responsabilité pour prendre une telle mesure ? Si cela prouve l'utilisation de la responsabilité civile, ça ne justifie pas pour autant l'atteinte au droit de propriété. Là encore, une possibilité de réponse peut être fournie par la mise en évidence des deux intérêts utiles pour la recherche d'un équilibre. En effet, la mesure conservatoire, exercée dans ce cadre, constitue une mesure de préservation des biens de l'entreprise pouvant permettre l'apurement de son passif, c'est à dire une mesure de politique économique. L'intérêt réel consistera alors à garder les biens au sein de l'entreprise pour permettre par exemple le paiement des créanciers ; contrairement à l'intérêt virtuel au nom duquel le dirigeant organisera la fuite des biens de l'entreprise bien qu'elle soit en difficulté.

La recherche d'équilibre permet alors au juge d'ordonner des mesures conservatoires, pour aménager une situation d'attente qui sauvegardera les intérêts en conflits.

Donc, cette action en responsabilité justifie la mesure conservatoire, pour protéger l'efficacité juridique conséquence de l'utilisation de la politique juridique de la procédure collective par la politique économique.

[1] V., *infra* « L'adaptation par le droit au crédit ».

δ : L'application de ces intérêts à l'éviction des actionnaires

L'article L. 631-19-2 du Code de commerce permet l'éviction forcée des associés d'une société en redressement judiciaire, afin de permettre d'assurer son redressement. Certes, on objectera d'une part qu'il ne s'agit pas d'une action en responsabilité, du moins fondée sur la faute. Et d'autre part que, s'il s'agit d'une innovation théorique importante, elle ne concernera en pratique qu'un très petit nombre d'entreprises. Mais, l'esprit de cet article est de permettre une cession forcée des parts sociales de l'associé ou de l'actionnaire qui refuse de modifier le capital qu'il détient. Or, la cession n'interviendra que si la cession d'activité est « de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi et si la modification du capital apparaît comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité ».

Cette possibilité introduit concrètement ce rééquilibre entre les prérogatives du débiteur et du créancier. Et dont la conséquence, s'agissant de la question relative à la survie de l'entreprise, implique le vœu implicite que ce soit le créancier qui sauve l'entreprise, quitte à malmener le droit de propriété[1]. De ce constat, nous pouvons en déduire que l'idée de séparation de l'homme et de l'entreprise, déjà ancienne, contient celle d'un équilibrage.

On change donc la perspective, car ce qui justifie la privation de propriété des actionnaires c'est l'intérêt réel, c'est à dire la modification du capital du fait du risque qu'encourt l'économie. Ce dernier participe donc à l'efficacité juridique du droit des procédures collectives induite par le risque que fait courir l'actionnaire à la société. L'intérêt virtuel, quant à lui, est l'intérêt de l'associé qui possède des parts sociales et qui refuse de modifier le capital dans le but d'éviter un trouble grave à l'économie. Ici, l'atteinte à la politique juridique de la procédure collective, outil de la politique économique, justifie l'éviction. En conséquence, l'éviction de l'associé ou de l'actionnaire est purement objective, aucune faute n'étant requise, uniquement le risque de trouble grave à l'économie. Quant au fondement de l'éviction, il repose sur la primauté de l'intérêt virtuel sur l'intérêt réel, de sorte que le non respect de la politique juridique de la procédure collective constituera un dommage caractérisé par la rupture d'équilibre. Le rééquilibrage aboutira donc à sanctionner le risque.

[1] Les dispositions de l'article L.631-19-2 du Code de commerce, permettant au tribunal d'ordonner la cession forcée des droits sociaux d'un dirigeant dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, et permettant au tribunal d'ordonner la cession forcée des droits sociaux d'un dirigeant dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ont fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité qui a été transmise par la Cour de Cassation au Conseil Constitutionnel, par une décision du 7 juillet 2015 (pourvoi n°14-29.360) aux motifs que l'article cet article porte atteinte au principe d'égalité et au droit de propriété.

Si pour cet article il n'est pas question de responsabilité civile, fondée sur la faute, peut être peut on y voir un glissement vers le risque.

Conclusion du chapitre

Construite à l'image du système de restitution-punitive élaboré par des auteurs américains comme Dagger et Schafer à propos de la peine, la fonction protectrice issue de la procédure collective est l'alliance d'une double finalité de la responsabilité civile. En effet, que ce soit pour la restitution-punitive ou pour l'effet des actions en responsabilité civile de la procédure collective, dans ces deux systèmes, différents intérêts, ceux de la victime, de l'auteur du dommage et celui général de la société sont pris en considération, ce qui se répercute sur la valeur de la faute pour laquelle la victime est double : la collectivité des créanciers et plus largement la société. Aussi, la restitution-punitive poursuit des objectifs de dissuasion, de réformation et de protection comme la responsabilité civile dans les procédures collectives, de sorte que le débiteur assumera personnellement le coût de son acte, coût qui doit être juste.

Or, classiquement, on prête à la responsabilité civile une double fonction : réparatrice et normative. Toutefois, leur frontière tend à s'estomper par l'effet de la procédure collective. Il n'y a plus de dichotomie mais une seule finalité, hybride, qui concoure à une même fin, qui est de rétablir l'égalité entre l'auteur du dommage et la victime[1]. Ainsi, pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, si le dommage constitué par l'insuffisance d'actif est d'un montant tel que le dirigeant soit objectivement dans l'incapacité de le réparer, il apparaît alors que le réalisme économique fasse « oublier le principe de la réparation intégrale et qu'on donne donc toute sa force à la fonction normative de la responsabilité de telle sorte que le dirigeant soit puni de manière pertinente[2] ». Autrement dit, l'information donnée au juge sert à proportionner la réparation à la capacité du dirigeant afin que soit prise en compte « de manière primordiale la fonction normative de la responsabilité, car ce sont plus les conséquences financières de la sanction que le montant du préjudice qui sert de mesure au juge[3] ».

---

[1] B. Girard, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, thèse, LGDJ, 2015, Bibliothèque de droit privé, tome 562, n° 48, p. 63.

[2] V., M. Germain, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », *in* 1807-2007 le Code de commerce-Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, p. 257.

[3] *Ibid*.

Ce faisant, l'efficacité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se trouve renforcée[1]. En résumé, l'influence de la procédure collective manifeste la nécessité de fusionner la fonction indemnitaire de la responsabilité civile avec sa fonction normative, car aucune de ces fonctions prise indépendamment l'une de l'autre, ne permet à elle seule de mettre en évidence la fonction protectrice de la responsabilité civile. Il faut donc les associer, ce qui conduira à l'évolution de la finalité de la responsabilité civile.

La contribution à la réparation de l'insuffisance d'actif ou la cessation des paiements se conçoit donc non comme une réparation pure et simple, mais comme la satisfaction d'intérêts qu'il faut concilier et protéger. Les intérêts de la procédure collective peuvent être regroupés en deux catégories. D'un côté les intérêts intrinsèques, qui regroupent des intérêts subjectifs, tel l'intérêt collectif des créanciers, l'intérêt de la société et les divers intérêts en présence.

De l'autre, l'intérêt public. Cet intérêt est objectif et hiérarchiquement supérieur aux autres, de telle sorte que c'est en son nom que les intérêts intrinsèques doivent être respectés. Ces intérêts structurent donc la procédure collective, et à ce titre nous les considérons comme le fondement de sa politique juridique. En tant que tel, dès lors que cette hiérarchie sera respectée, la responsabilité civile ne sera pas utilisée. Finalement, ce ne sera que lorsque la hiérarchie des intérêts sera déséquilibrée qu'interviendra la responsabilité civile. Toutefois, son intervention doit nécessairement prendre en considération un intérêt qui n'appartient pas en tant que tel aux différentes procédures collectives. Il s'agit de l'intérêt général. Or, c'est à cet intérêt que doit tendre l'efficacité juridique du droit des procédures collectives. Par conséquent il est nécessaire de redéfinir la frontière des intérêts qui seront utilisés pour rééquilibrer, le cas échéant, la politique juridique. La nouvelle définition crée une dualité entre l'intérêt réel et virtuel, dont la confrontation permet d'utiliser la responsabilité civile comme une garantie de leur équilibre.

Finalement, la responsabilité civile en tant qu'outil de la politique juridique de la procédure collective est utilisée pour protéger son efficacité juridique. Cette fonction traduit l'évolution de sa finalité qui est de maintenir l'équilibre entre les intérêts réels et virtuels de la procédure collective.

Ainsi, on ne se place pas du côté de la victime du préjudice, ni du côté de l'auteur de la faute. La responsabilité civile est envisagée comme une source d'efficacité juridique de la procédure collective. Ce qui en fait une source indirecte de politique économique.

---

[1] V., C. Delattre, « Les actes préparatoires à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (articles L. 651-4 et R 651-5 du Code de commerce) », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, étude 2, p. 14.

Conclusion du titre premier

Finalement les intérêts du droit des procédures collectives « s'autonomisent ». Cette autonomisation, à l'origine de l'intervention de la responsabilité civile protéger l'efficacité juridique de la procédure collective, se matérialise par la réparation d'un avantage abusivement procuré au détriment de la société. En effet, l'autonomisation, entre l'intérêt de la procédure et les intérêts intrinsèques, implique une hiérarchie. Cette échelle des intérêts de la procédure collective laisse place au critère de proportionnalité, mis en œuvre par la responsabilité civile pour assurer le respect de l'équilibre des intérêts. Ce faisant, l'approche des intérêts se déplace. On n'envisage plus les intérêts du droit des procédures collectives, mais ceux reliant les deux matières, à savoir l'intérêt réel et l'intérêt virtuel.

En conséquence, la responsabilité civile étant le pendant de l'intérêt ; si l'intérêt s'autonomise et devient le fondement de son intervention pour rééquilibrer, et puisque le rééquilibrage aurait pour conséquence d'aboutir, dans l'évolution du droit des procédures collectives, à sanctionner un risque, l'intérêt s'objectivise ce qui nécessairement influe sur la responsabilité civile.

Cela aboutit à un changement de paradigme et à la mise en évidence d'une fonction protectrice de l'efficacité juridique par l'équilibre des intérêts de la responsabilité civile. Cette évolution de la finalité de la responsabilité civile met en évidence une théorie de l'équilibre de l'intérêt en droit des procédures collectives. Cette théorie se fonde sur la reconnaissance de la politique juridique de la procédure collective comme outil de la politique économique ; dont l'atteinte à ses objectifs caractérise une rupture d'équilibre constitutive d'un préjudice. Cette théorie concerne à la fois l'intérêt réel et l'intérêt virtuel et justifie l'engagement de la responsabilité de celui qui est contrevenu aux finalités des procédures collectives.

Ainsi, l'utilisation de la responsabilité civile nous conduit à prendre en considération et à mettre en balance les intérêts avec la politique juridique de la procédure collective.

Néanmoins, pour que cette théorie de l'équilibre s'applique, il est nécessaire que le débiteur soit soumis à la procédure collective. Ceci a déjà été implicitement énoncé par l'arrêt de la chambre commerciale du 16 décembre 2014[1]. Dans cet arrêt, la cour d'appel fait primer l'intérêt du débiteur sur celui, économique, de la procédure collective. Mais, pour la haute juridiction, l'existence d'actifs réalisables non seulement n'est pas sanctionné par la clôture de la procédure, mais laisse aussi à la procédure de liquidation judiciaire sa justification

[1] Cass., com. 16 décembre 2014, cassation, n° 13-19.402, précité.

économique ; de sorte que prime l'intérêt économique, intérêt réel, car la procédure n'est pas clôturée. L'intérêt virtuel, intérêt du débiteur qui retrouve la disposition de ses biens et actions car la procédure est terminée, est en dehors de la procédure, on ne peut pas rééquilibrer, le droit commun s'applique. Finalement la théorie de l'équilibre de l'intérêt ne fonctionnera que si l'intérêt virtuel et réel relèvent de la procédure collective.

Les différentes hypothèses de responsabilité dans la procédure collective ramènent à un déséquilibre des intérêts ; face à ce déséquilibre, pour garantir l'efficacité juridique, la fonction protectrice de la responsabilité civile doit amener à nous demander si l'acte répond ou non à un intérêt réel. C'est donc l'acte qui ne répondra pas cet intérêt qui déséquilibrera les intérêts en présence, et qui, finalement portera atteinte à la politique juridique de la procédure collective. La sanction sera dans un premier temps une tentative de rééquilibrage, ce qui induit l'idée de la proportionnalité, la mesure de la réparation. Si celle-ci échoue, alors le juge a la possibilité de véritablement sanctionner.

Finalement, le fondement de la faute du droit contemporain des procédures collectives, renvoie à l'intérêt et à son déséquilibre.

En conclusion nous rejoignons M. Ost, lorsqu'il écrit « nous voici donc arrivés à la croisée des chemins. L'ampleur des transformations présentes est telle, nous semble-t-il, et si important l'enjeu des réponses qu'y apporteront nos ordres juridiques, que nous sommes en droit de réfléchir en termes de « changement de paradigme ». Ce ne sont pas, en effet, des modifications de détails que l'intérêt apporte au paradigme civiliste classique basé sur le droit subjectif, l'appartenance, la maîtrise, l'exclusivité ; c'est un « bougé » généralisé de toutes les catégories, un ébranlement dont on n'a sans doute pas fini de mesurer l'intensité. Or, quand les cadres de pensée, l'édifice notionnel et la hiérarchie des principes hérités de la tradition répondent de moins en moins au matériau d'observation, arrive le moment où s'impose une « révolution scientifique » conduisant à un changement de paradigme »[1].

Ce changement de paradigme au contact de la procédure collective actualise également le régime de la responsabilité civile.

[1] F. Ost, *Droit et intérêt – Volume 2 : entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.,* p. 157.

Titre 2 : L'évolution du régime de la responsabilité civile

Au delà de l'évolution de la finalité du droit de la responsabilité civile, ce qui fait sa spécificité évolue aussi. Or, cette évolution est due à une incidence particulière de la procédure collective qui a pour origine ce lien immatériel.

En effet, la procédure collective et la responsabilité civile sont liées, et c'est de ce lien immatériel que la responsabilité civile acquière sa capacité d'adaptation et de changement. Cette approche met en évidence le droit de la responsabilité civile comme outil mis au service de la politique juridique de la procédure collective. Elle affirme l'influence supérieure de cette dernière et de cette influence découle la preuve de l'usage pragmatique de la responsabilité civile.

Finalement, parce que l'environnement des procédures collectives englobe celui de la responsabilité civile, deux types d'influence en découle. Le premier concerne les fondements du droit de la responsabilité civile (**Chapitre 1**). Le second sa forme (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'incidence sur les fondements de la responsabilité civile

La politique juridique de la procédure collective implique l'intervention du droit de la responsabilité civile. Le lien qui se crée alors possède une incidence sur le régime de ce droit. Celle-ci se retrouvera surtout s'agissant de l'appréhension de la faute par la procédure collective (**Section 1**) ; et dans une moindre mesure s'agissant des conditions constantes du droit de la responsabilité civile, à savoir le préjudice et le lien de causalité (**Section 2**).

Section 1 : Les nouveaux caractères de la faute en droit des procédures collectives

La faute, l'élément matériel des actions en responsabilité de la procédure collective ? Le fondement de la politique juridique de la procédure collective est l'intérêt. Par

l'utilisation de la responsabilité civile, à la fois cohérente et opportuniste, pour protéger l'efficacité juridique, celle-ci se fonderait donc sur cette notion d'intérêt que nous avons développée précédemment.

Alors, la façon dont on appréhende la faute en droit des procédures collectives diffère de celle qui est la sienne dans la conception classique de la responsabilité pour faute[1], à savoir son fondement.

Ce changement de perspective modifie l'appréhension que l'on a de la responsabilité civile. En tant qu'outil, cette dernière s'en trouve modifiée pour pouvoir s'adapter et répondre aux nécessités et exigences la procédure collective.

D'où la question de savoir si la responsabilité peut-elle posséder un double fondement en droit des procédures collectives ?

Le fondement, est défini comme « la base, l'élément essentiel sur lequel s'appuie tout le reste », « la base solide, (la) certitude, (la) réalité » [2], ou comme « ce qui fait le fond, l'appui, la base, le principal soutien », comme la « cause, (la) raison, (le) motif »[3]. Spécifiquement, le *Vocabulaire juridique* envisage le fondement comme la « valeur, référence de base sur laquelle repose une règle, une institution, un système juridique et qui en éclaire l'esprit », en un sens plus général comme un « motif juridique, (une) base légale, (un) moyen de justification » [4].

Ces définitions font du fondement « l'origine du reste », que cette origine soit matérielle ou intellectuelle. D'où deux acceptions dégagées par ce terme, d'une part le fondement est un moyen de justification de l'ensemble, un moyen de légitimation qui emporte l'adhésion générale et d'autre part il correspond à un principe organisateur, de sorte que d'une idée générale l'on va en déduire des conséquences.

Donc, pour en revenir à la question, il nous faut répondre par la négative. La faute n'est pas occultée de la procédure collective, au contraire, mais elle ne possède pas la même nature qu'en droit commun. D'une condition de fond, elle constitue ici un simple élément matériel.

L'élément matériel : une notion *a priori* pénale. Seulement, l'élément matériel appartient au vocabulaire du droit pénal, il est « l'acte ou l'abstention qui forme la base de toute infraction[5] ». Et les actions en responsabilité civile de la procédure collective ne font que

---

[1] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 150 et s., p. 97 et s.
[2] *Grand Larousse encyclopédique*, t. V, 1962.
[3] *Littré-Dictionnaire de la langue Française*, t. III, 1987.
[4] G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* v. Fondement.
[5] G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* v. Matériel.

coexister avec les sanctions pénales, en aucun cas elles ne se confondent ni se substituent l'une à l'autre. *A priori* donc, pas de point commun entre la sanction patrimoniale et pénale. Toutefois, la fonction protectrice que possède la responsabilité civile dans les procédures collectives, pour laquelle nous avons pu mettre en évidence sa finalité hybride, lui donne une certaine connotation pénale.

D'ailleurs, les agissements constitutifs du délit de banqueroute, peuvent aussi être qualifiés de faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce, comme le détournement d'actifs et le détournement de gage[1]. Donc, des comportements vont relever de la sanction patrimoniale et de la sanction pénale.

- D'où la question de savoir comment articuler ces différentes sanctions ?

La jurisprudence le fait en mettant en évidence la différence entre leurs objets, puisque « l'action civile en réparation du préjudice résultant du délit de banqueroute (…) a un objet différent de celui de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif[2] ».

- Mais quel est cet objet ? La Cour ne le précise aucunement.

Si l'on s'en tient à la vision classique, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif a pour objet « d'obliger les dirigeants d'une personne morale en liquidation, auteurs des fautes, à combler cette insuffisance sur leur propre patrimoine[3] ». Autrement dit, un objet purement restitutif. Quant à la banqueroute, délit pénal, son objet traditionnel est répressif et de portée générale. En conséquence, le cumul semble admis car la sanction patrimoniale, au contraire de la sanction pénale, possède un aspect indemnitaire[4]. Nous ne sommes pas convaincus. Comme M. Saintourens nous pensons qu'« il n'est pas très évident d'identifier sur quoi porte la différence invoquée par la cour de cassation[5] » en 2012. Sans doute, poursuit-il avec perplexité, « faut-il s'en tenir à cette vision des choses pour reconnaître que les deux actions ont des objets différents[6] ». Selon nous, si l'on prenait en compte la finalité punitive associée

---

[1] Cass., crim. 11 mars 2015, rejet n° 13-86.155.

[2] Cass., crim. 7 novembre 2012, rejet n° 11-87. 013 et Cass., crim. 11 mars 2015, rejet n° 13-86.155, précité.

[3] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1408, p. 884.

[4] V., O. Décima et L. Sautonie-Laguionie, « L'articulation des sanctions pénales et civiles en matière d'entreprises en difficulté », *in La responsabilité du chef de l'entreprise en difficulté*, dir. B. Saintourens et J.-C. Saint-Pau, éd. Cujas, coll. Actes & Études, p. 52.

[5] B. Saintourens, « Délit de banqueroute et comblement de l'insuffisance d'actif : articulation et concurrence », *Bull. Joly* 2 septembre 2015, n° 9.

[6] *Ibid*.

de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, cela donnerait aux deux sanctions un point commun, le caractère punitif de leur objet. En outre, la sanction patrimoniale possède aussi un objet réparateur limité au montant du préjudice. Or, la réparation qui découle du cumul de ces deux actions ne peut pas aller au delà du préjudice subi, du moins tant que le créancier n'agit pas à titre individuel. De ce fait, la réparation s'imputera sur la condamnation civile obtenue dans le cadre de la banqueroute. Ces deux sanctions semblent donc liées.

- Quel peut être alors cet objet, fondement de la différence entre ces deux actions ?

Fondement de la différence entre ces deux actions. La gravité des agissements qui portent atteinte à l'entreprise ? Nous ne le pensons pas car la faute de gestion, nous le verrons, possède intrinsèquement un caractère d'aggravation.

La finalité différente attachée à ces sanctions ? C'est la vision classique, mais nous ne sommes pas convaincus.

Les intérêts lésés ? Non plus car un même fait peut être qualifié de faute de gestion et être constitutif de banqueroute, donc être à l'origine de la lésion d'un intérêt différent.

Selon nous, le fondement de la différence repose sur la prise en compte de la finalité et de l'intérêt lésé, constitutif de cet objet particulier visé par la Cour de cassation.

S'agissant des intérêts, nous avons pu distinguer les intérêts intrinsèques à la procédure collective et celui de la procédure, auxquels se combine la finalité propre à chacune des sanctions. D'une part, la sanction patrimoniale possède une fonction protectrice qui allie la réparation à la punition. Ces finalités, au service de l'efficacité juridique se fondent sur la lésion de l'intérêt réel, dont l'assiette est l'intérêt de la procédure pour servir l'intérêt général. D'autre part, la sanction pénale possède au contraire une fonction répressive pour laquelle l'intérêt général doit être préservé. La configuration du raisonnement n'est donc pas la même. D'un côté la responsabilité civile des procédures collectives a pour rôle de protéger l'efficacité de sa politique juridique ; de l'autre, le droit pénal sanctionne les comportements les plus graves[1]. En d'autres termes, conformément à la mutation de la matière, l'objet purement réparateur de la responsabilité civile s'efface derrière la protection des intérêts de la

[1] V., B. Bouloc, « La réforme de la banqueroute », *in Mélanges en l'honneur d'André Vitu – Droit pénal contemporain*, LGDJ, éd. Cujas, 1989, pp. 69 et 80.

procédure collective. Alors que pour le droit pénal des procédures collectives, la protection de l'intérêt réel s'efface derrière l'intérêt général et la sauvegarde de l'entreprise[1].

Ce faisant, la responsabilité civile agit indirectement pour la politique économique, alors que le droit pénal de la procédure collective est un outil direct de la police de la politique économique.

Nous assistons donc à une désacralisation de la faute, dont la nature diffère de celle du droit commun, exacerbée par le caractère fuyant de son appellation en droit des procédures collectives (**Paragraphe 1**). Ainsi, dès lors qu'une faute sera commise en dehors de ce cadre parce qu'une personne aura subi un préjudice personnel, les règles « classiques » du droit de la responsabilité civile devraient retrouver application. Or, tel n'est pas le cas puisqu'une condition particulière de la faute est requise : son caractère détachable des fonctions du dirigeant (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'objectivation de la faute de gestion

L'historique de la faute de gestion évoque un élément de gravité. La faute de gestion « est comme un kaléidoscope qui, plus il est manipulé, plus il révèle de nouvelles combinaisons[2] ». Il est donc nécessaire d'en recentrer la notion.

À l'origine, la faute était qualifiée. Le décret-loi du 8 août 1935, évoquait en effet « les fautes lourdes relevées à la charge des administrateurs de société anonyme », comme étant à l'origine d'une action en responsabilité fondée sur le droit commun.

Puis, la loi du 16 novembre 1940 changea la qualification. Il s'agissait dès lors d'une « faute grave commise dans la gestion ». Ainsi, la faute lourde et la faute grave constituaient des exceptions au principe civiliste selon lequel la simple faute, « fait quelconque », suffisait à engager la responsabilité de son auteur, de sorte qu'il existait des situations où une simple erreur de gestion ne pouvait suffire à engager la responsabilité de son auteur[3].

---

[1] R. Ollard et R. Raffray, « Le chef d'entreprise et les procédures collectives-Les cas de responsabilité », *in La responsabilité du chef de l'entreprise en difficulté*, dir. B. Saintourens et J.-C. Saint-Pau, éd. Cujas, coll. Actes & Études,, p. 45.

[2] F. Cherchouly Sicard, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion*, Thèse, p. 15.

[3] La faute lourde appartient aux quasi-délits, il s'agit alors d'une faute non-intentionnelle, l'auteur du dommage n'en a pas désiré la réalisation. V., H., et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité*

Naguère, la faute qualifiée dite lourde ou grave, était donc une condition exceptionnelle mais légale de la responsabilité du dirigeant. Ces fautes qualifiées, parce que commises à l'occasion de la gestion, revêtaient un caractère de professionnalité ; caractère que possède encore aujourd'hui la faute de gestion. Ces fautes conduisaient donc à engager la responsabilité de leur auteur dès lors qu'elles ont été commises dans un cadre particulier par une personne juridique particulière. Ce sont finalement les circonstances particulières de traitement des difficultés qui justifient l'indulgence ou la sévérité à l'égard des dirigeants.
Donc d'une faute lourde, nous sommes passés par une faute grave, pour aboutir en 1985 à une faute dite de gestion[1].

L'insaisissabilité de la faute de gestion. La faute de gestion est une expression malheureuse, ambivalente, puisqu'elle regroupe à la fois un terme juridique, la faute, et un terme économique, la gestion, ce qui facilite son prononcé non sa compréhension.
Non définie par le législateur, le juge dispose alors d'une grande marge d'appréciation dans sa caractérisation. Si la jurisprudence a eu et a, encore, la tâche d'en dessiner les contours, la doctrine a pu relever que cette faute de gestion ne doit pas être détachable des fonctions du dirigeant pour engager la responsabilité de celui-ci[2], elle devrait alors, en toute logique, être compatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.
Une variété de fautes de gestion peut donc être reprochée au dirigeant[3], dénotant une variété de comportements actifs ou passifs[4]. La faute de gestion, notion protéiforme, parce qu'une définition *a priori* ne serait que large et très imprécise[5], fait alors l'objet d'une interprétation *a posteriori*, qui tient compte de l'état d'esprit du dirigeant.
En outre, la faute de gestion, source de la responsabilité patrimoniale, doit être commise avant le jugement d'ouverture de la procédure collective[6]. Ainsi, une simple erreur de gestion, entendue comme l'appréciation inexacte d'un fait, pourrait muter en faute proprement dite,

---

théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, Montchrestien, 6e éd., Paris, n° 414, p. 483.
[1] Article 180 de la loi du 25 janvier 1985.
[2] F. Derrida, « Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 (action en comblement d'insuffisance d'actif social) », *D.* 2001, n° 17, chron. 1377 et *LPA* 9 juillet 2001, n° 135, p. 6. V., *infra* « La subjectivation de la faute séparable des fonctions ».
[3] V., *supra* « L'usage fluctuant de la responsabilité civile ».
[4] C. Saint-Alary-Houin, « La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté », *Rev. proc. coll.,* juillet 2001, n° 3, p. 145.
[5] V. J.-J. Daigre, « Une évolution jurisprudentielle bienvenue : le non-cumul de l'action en comblement du passif et des actions en responsabilité de droit commun », *Bull. Joly* 1995, paragraphe 346, p. 953.
[6] Solution constante, v., Cass., com. 29 septembre 2015, rejet n° 14-18.135, précité.

véritable défaillance dans la conduite, lorsque le recul sera devenu suffisant pour partager entre les bonnes et les mauvaises orientations choisies. Nous le verrons, d'un aléa on en tire a posteriori une faute[1]. Finalement, la constitution d'une faute de gestion imposerait d'établir *a priori* l'obligation à laquelle le dirigeant était astreint puis de déterminer s'il a ou non failli à cette obligation. La qualification de faute de gestion impliquerait alors la transgression d'une obligation préexistante. Toutefois, il se peut que la faute existe dès l'instant où l'acte est opéré, d'aucuns ont pu parler de comportement fautif intrinsèque aux faits[2]. Quoi qu'il en soit, lorsque les faits transgressent une disposition préexistante ils seront jugés à travers leurs conséquences, *a posteriori*, rendant leur appréciation difficile.

Donc, si en principe commet une faute de gestion celui qui ne se conduit pas comme eût fait à sa place un dirigeant diligent et actif[3], en pratique le travail des magistrats peut s'avérer délicat. En effet, la gestion d'une entreprise par définition oblige son dirigeant à prendre des risques. Or, ces risques s'apprécient à l'aune de leur temporalité puisque le juge pourra sanctionner l'imprudence fautive, l'audace inconsidérée ou la gestion hasardeuse[4], et donc qualifier, suite à l'ouverture d'une procédure collective, une gestion fautive qu'ils n'auraient pas eu à relever en période prospère, de croissance, où les manquements étaient gommés par les marges. Cela tend donc à prouver que la faute de gestion est qualifiée comme telle parce que les circonstances dans lesquelles elle a été commise, compatible avec la gestion sociale, sont fautives.

Sa matérialité, antérieure à l'ouverture de la procédure collective se déduira de l'insuffisance d'actif et le travail des juges sera de « remonter » la chaîne de gestion pour, le cas échéant, « transformer » un fait, *a priori* non fautif, car né au cours de la gestion en véritable faute de gestion.

Une faute caractérisée au sens d'une faute de gestion. L'expression « faute de gestion », issue de la loi de 1985, n'a pas d'équivalence au sens civiliste. Était-ce une faute lourde ou une faute grave, l'article L. 651-2 du Code de commerce, siège de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, ne le précise pas. Néanmoins, si cette loi a supprimé

[1] V., J.-M. Deleneuville, « L'action en comblement de l'insuffisance d'actif social de l'article L. 624-3 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.,* juin 2002, n° 2, p. 76.
[2] M.-J. Campana, « La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire », *LPA* du 20 avril 1994, n° 46, p. 11, spéc., p. 12 ; *RJ com.,* 1994, p. 133, spéc., p. 135.
[3] *Ibid*.
[4] *Ibid.*

une qualification pour créer une circonstance, nous pensons qu'un certain caractère de gravité dans le comportement demeure implicitement ancré dans le qualificatif de faute. Comportement auquel le législateur de 1985 n'a fait qu'associer un cadre au sein duquel il doit s'exécuter : la gestion.

Par la suite, le rapport Hyest sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises « précisa » cette notion[1]. Selon ce dernier, comme les principes de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif sont calqués sur ceux du droit commun de la responsabilité civile, le demandeur doit apporter la preuve d'une faute, mais pas n'importe quelle faute, celle d'une « faute caractérisée au sens d'une faute de gestion ». N'aidant pas à la clarté de la notion, cette expression renvoie à une note selon laquelle « une faute grave n'est cependant pas requise », et poursuit en indiquant qu' « elle (la faute caractérisée) peut, par exemple, consister en une erreur de gestion ou une imprudence »[2].

D'un point de vue grammatical, la locution « au sens de » est couramment utilisée pour marquer les limites de la portée d'une règle ou d'une qualification. Elle sert à montrer qu'elles se limitent strictement au cas en cause[3]. En conséquence, cette définition marque la limite, stricte, de la qualification de faute caractérisée : la faute de gestion.

Écrire ceci ne répond pas à la question de savoir ce qu'est une « faute caractérisée au sens d'une faute de gestion » ? Pourtant, l'expression n'est pas nouvelle. Ainsi, Mme Cherchouly-Sicard, dans sa thèse, évoquait le fait que la faute de gestion devait être entendue comme une « faute caractérisée, c'est à dire qui présente un relief suffisant, ce qui permet d'exclure les fautes légères[4] ».

Il s'agirait alors d'une faute qui n'est caractérisée que dans la limite de la gestion. Or, si cette faute caractérisée se limite strictement à la gestion, on en déduit que la faute caractérisée est une faute de gestion, mais que la réciproque n'est pas vraie, la faute de gestion ne serait pas une faute caractérisée. Il y aurait alors deux variantes de faute caractérisée, celle que nous connaissons en droit privé et celle de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

---

[1] J.-J. Hyest, Rapport « sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence, de sauvegarde des entreprises », n° 335.

[2] V. J.-J. Hyest, Rapport, *op. cit.*, p. 444.

[3] V., le site Légifrance, et particulièrement le Guide de légistique : 3.3.2 Choix des termes et des locutions juridiques.

[4] F. Cherchouly Sicard, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion*, *op. cit.*, p. 93.

Pour tenter de comprendre le sens à donner à la seconde (**B**), nous ne pouvons faire l'impasse sur sa définition commune (**A**).

A : La faute caractérisée en dehors de la procédure collective

Si ce type de faute ne semble pas reconnue par le droit de la responsabilité civile (**1**), elle l'est dans des matières où la faute est soit objective soit punitive (**2**).

1 : La faute caractérisée en droit de la responsabilité civile

Une catégorie absente du droit civil. Le droit civil ne connaît pas la faute caractérisée, en tant que type de faute[1].
La classification romaine fondée sur la gravité des fautes fut reprise par des auteurs de l'Ancien Droit comme Pothier, mais elle ne concernait que l'inexécution contractuelle[2]. Critiquée, cette classification ne sera pas reprise dans le Code de 1804, de sorte que le droit commun de la responsabilité civile obéit au principe d'unité de la faute civile et est étranger à toute idée de gradation des fautes.

Une diversification de la faute voulue. Pourtant, une partie de la doctrine a souhaité limiter le champ d'application de cette théorie unitaire, et créer une diversification du degré de la faute. Ainsi, selon Josserand, la responsabilité des professionnels ne devrait être engagée qu'en cas de faute lourde[3]. Cette faute nous dit-il, « ce n'est pas celle de l'homme

---

[1] La faute caractérisée est une notion absente de la plupart des manuels de droit civil fondamentaux : A. Bénabent, *op. cit.* ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*. ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit. ;* F. Terré *et. al.* Op. cit. ; G. Viney, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit*. Si elle n'est pas absente, elle est uniquement énoncée : L. Aynès *et. al., op. cit.*
[2] Pothier, *Traité des obligations,* Nouvelle édition, Dabo Jeune Libraire, Paris, 1825, partie I, chap., II, n° 142. Selon Pothier il fallait distinguer trois catégories de contrat auxquelles sont affiliés trois régimes de responsabilité différents : tout d'abord, « lorsque le contrat ne concerne que la seule utilité de celui à qui la chose doit être donnée ou restituée, le débiteur qui s'est obligé à la donner ou restituer (…), n'est tenu à cet égard que de la faute lourde qui, à cause de son énormité, tient du dol ». Ensuite, « Si le contrat concerne l'utilité commune des deux contractants, le débiteur est tenu d'apporter à la conservation de la chose qu'il doit, le soin ordinaire que les personnes prudentes apportent à leurs affaires, et il est tenu en conséquence de la faute légère ». Enfin, « si le contrat n'est fait que pour la seule utilité du débiteur (…), et il est par conséquent tenu de la faute la plus légère ».
[3] L. Josserand, « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », *D.* 1939, chron., p. 29.

abstraitement envisagé, de « l'homme de la rue » mais celle du travailleur (…) pris dans l'exercice de sa fonction ; (…) ; en un mot c'est de la faute professionnelle qu'il s'agit, presque invariablement, et non de la faute tout court ». Cet article, publié sous l'empire du décret-loi du 8 août 1935 qui, rappelons-le, prévoyait la sanction de déchéance en cas de faute lourde relevée à l'encontre du gérant d'une société anonyme mise en faillite, semble étendre qualitativement la faute lourde à l'ensemble des professionnels, non pas à le limiter au cas de la faillite.

Quel serait alors le rôle attribué à la faute lourde ? Selon Josserand, le recours à la faute lourde atténue la responsabilité de l'agent, allégeant la responsabilité de droit commun. Ce n'est seulement si, « par son poids, par ses dimensions, par la conscience qu'en a son auteur, ainsi que des conséquences qui peuvent en résulter, qu'elle devient génératrice, à sa charge d'une complète responsabilité[1] ».

Les fautes qualifiées. Cette proposition, si elle n'a pas été reprise, a influencé notre droit positif. La conséquence est que la conception unitaire, originelle de la faute semble avoir donné naissance à une multitude de ramifications à l'extrémité desquelles figurent ces fautes dites qualifiées[2].

L'expression « faute qualifiée » est à rapprocher selon nous de la « majorité qualifiée », c'est à dire qui est supérieure à la majorité absolue. Alors, la faute qualifiée engloberait tous les manquements supérieurs, plus graves, par rapport à la faute simple.

Ainsi, nous aurions la faute principale, à visée universaliste, qui verra son contenu varier au gré des besoins pour devenir une faute qualifiée.

La qualification de faute caractérisée d'une part élève le seuil de la faute, pour que la responsabilité de celui à l'égard de qui elle est invoquée, soit plus difficilement engagée. En ce sens, la faute caractérisée possède une fonction de protection. D'autre part le recours à la faute caractérisée stigmatise le comportement de son auteur lorsqu'il devient trop grave. La

---

[1] L. Josserand, « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », *D.* 1939, chron., p. 29.

[2] Ce terme « qualifié » revêt ici une acception plus large que celle qu'il possède en droit pénal. En effet, celui-ci distingue, au sein de l'article 121-3 du Code pénal, deux catégories de faute non intentionnelle qui respectent un ordre de gravité : la faute d'imprudence simple et la faute d'imprudence qualifiée. Cette dernière correspond soit à une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit à une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité que la personne ne pouvait ignorer. V., S Jacopin, *Droit pénal général*, Bréal, coll., Grand Amphi Droit, 2011, p. 247 et s., et Y Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, coll., Droit fondamental, 5e éd., n° 240 et s., p. 288 et s.

fonction ne serait plus protectrice, mais punitive et mettrait en évidence le caractère intolérable de la faute commise.

2 : La faute caractérisée en dehors du Code civil

Hors le Code civil, la faute caractérisée est connue en droit médical (**a**) et en droit pénal (**b**).

a : Une faute connue en droit médical

Solutions antérieures à la loi du 4 mars 2002[1]. Jusqu'à la loi du 4 mars 2002, la faute caractérisée ne renvoyait pas à un type spécifique de faute puisqu'elle ne possédait pas de contenu juridique distinct par rapport aux autres fautes. Grossièrement, la faute caractérisée était synonyme de faute lourde. Par exemple, Romieu dans ses conclusions rendues en 1905 pour l'affaire *Tomaso-Grecco*, mit en balance l'erreur, la négligence, l'irrégularité avec la faute caractérisée, pour en conclure que cette dernière constituerait une méthode d'identification la distinguant de l'erreur et aurait pour fonction d'éviter l'engagement systématique de la responsabilité de l'Administration[2].

Introduction de la faute caractérisée en droit médical. Il faut donc attendre la loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades, pour que soit introduite, dans son article premier, la « faute caractérisée »[3]. Reprise aujourd'hui à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, qui subordonne la réparation du préjudice subi par les parents du fait de la naissance d'un enfant handicapé, autre que celui découlant de la naissance de l'enfant et

---

[1] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

[2] Romieu, concl., sous CE. 10 février 1905 (rejet de la requête), *Tomaso-Grecco*, *D.*, 1906, III, p. 81 ; M. Long, P. Weil, G. Braibant *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.,* n° 14. Dans ses conclusions, Romieu écrit qu'« il appartient au juge de déterminer, dans chaque espèce, s'il y a une faute caractérisée du service de nature à engager sa responsabilité et de tenir compte à cet effet, tout à la fois de la nature de ce service, des aléas et des difficultés qu'il comporte, de la part d'initiative et de liberté dont il a besoin, en même temps que de la nature des droits individuels intéressés, de leur importance, du degré de gêne qu'ils sont tenus de supporter, de la protection plus ou moins grande qu'ils méritent et de la gravité de l'atteinte ».

[3] L'alinéa 3 de cet article dispose en effet que « lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice ».

relatif aux charges particulières découlant de son handicap, non pas à une faute simple mais à l'existence d'une faute caractérisée.

Théoriquement, cette faute, bien qu'imprécise, peut se comprendre comme une faute d'une certaine gravité qui doit être prouvée[1]. Elle constitue une limite à l'exigence d'une faute simple, car elle porte en elle un aspect particulier, exclusif de toute profanité. On a pu parler à son propos de faute technique contre la science médicale[2]. Or, si le législateur a voulu durcir les conditions permettant d'engager la responsabilité des professionnels de santé en matière de diagnostic prénatal en introduisant la faute caractérisée, ce qui évite donc un engagement systématique de la responsabilité, ce dernier s'est bien gardé de la définir.

Peut-on l'assimiler à la faute simple ? Il nous faut répondre par la négative, la faute caractérisée, nous l'avons vu, est celle suffisamment établie, d'ailleurs mieux établie que la faute simple.

S'il s'agit d'une faute individualisable, elle n'est pas une faute personnelle. La faute caractérisée a été commise dans le cadre du service et sa gravité ne doit pas conduire à en faire une faute personnelle[3].

Peut-on alors l'assimiler à la faute lourde ? Il semble qu'il faille également répondre par la négative, dans la mesure où le Conseil d'État dans sa décision *Époux V* a, par une décision d'assemblée, abandonné la condition de faute lourde pour les actes médicaux et chirurgicaux : « les erreurs ainsi commises, (…), constituent une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital[4] ». La doctrine, alors divisée, a tenté d'apporter un éclairage à cette notion.

La faute caractérisée en doctrine. Selon M. Penneau, la faute caractérisée, peut vouloir « soit insister sur la nécessité que la preuve de la faute ne laisse aucun doute, soit définir un degré de faute, qui pourrait être celui de la faute lourde, elle-même à vrai dire d'un contenu assez flou[5] ». Pour Mme. Hennion-Jacquet, la faute caractérisée du droit de la santé s'apparenterait à celle du droit pénal. Dans ce cas, serait une faute caractérisée celle revêtant

---

[1] V., C. Caillé, « La responsabilité médicale nouvelle », *RGD méd.* 2003, n° 10, p. 59.

[2] V., F. Alt-Maes, « La nouvelle place de la faute technique et de la faute éthique depuis la loi du 4 mars 2002 », *RGD méd.* 2004, n° 14, p. 109.

[3] V., M. Sousse, « La notion de faute caractérisée », *RD public*, 2004, n° 5, p. 1378.

[4] CE. Ass., 10 avril 1992, *Époux V*, annulation n° 79027, *AJDA* 1992, p. 355, note H. Legal ; *RFDA* 1992, p. 571, note Legal ; D. 1993, p. 146, note P. Bon et Ph. Terneyre ; M. Long, P. Weil, G. Braibant *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, coll., Grands Arrêts, 18e éd., n° 94.

[5] J. Penneau, « Médecine (2° réparation des conséquences des risques sanitaires) » *Rep. civ.* janvier 2013, n° 180.

une intensité et une évidence supérieure par rapport à la faute simple[1]. Enfin, s'interrogeant sur l'adjonction de l'adjectif « caractérisé », M. De Forges la critique en ce qu'elle serait inutile et aurait qu'une fonction explétive dès lors que « ou bien une faute est prouvée (…) et elle est alors nécessairement « caractérisée », ou bien aucune faute n'a pu être établie[2] ».
De ceci, nous en déduisons que la faute caractérisée n'est ni une faute inexcusable[3], ni une faute lourde[4]. C'est une faute classique revêtue d'une certaine importance. Cette importance, qui implique de reconnaître une gradation des fautes[5], peut être comprise de deux façons : soit comme renvoyant à une simple exigence de preuve de la faute, soit comme renvoyant à un degré de gravité de la faute qui, sans être une faute lourde, serait une faute dont l'essence est d'élever son seuil pour n'engager la responsabilité que dans les cas les plus significatifs[6].
La faute caractérisée renverrait donc à un comportement objectif teinté d'équité.

La faute caractérisée en jurisprudence. Une jurisprudence a commencé à se construire autour de cette notion. Ainsi, la faute caractérisée « doit présenter une certaine évidence et gravité ; il n'est pas en revanche exigée une faute inexcusable[7] ». Pour la Haute juridiction[8], « s'agissant d'une échographie, la faute caractérisée est celle qui, par son intensité et son évidence, dépasse la marge d'erreur habituelle d'appréciation, compte tenu des difficultés inhérentes au diagnostic anténatal », ainsi « cette affirmation (l'échographe avait indiqué dans son compte rendu que les membres étaient visibles avec leurs extrémités) constituait une faute qui, par son intensité et son évidence, était caractérisée au sens de l'article précité ». Par cet arrêt, la Cour de cassation donne à la faute caractérisée le double critère d'évidence et d'intensité. Or, l'intensité a pu être définie comme une faute si grave

---

[1] V., P. Hennion-Jacquet, « Handicap de l'enfant et gradation de la faute du praticien », *D.* 2004, n° 39, p. 2814.
[2] J.-M. De Forges, « Handicap congénital : le dispositif « anti Perruche » », *RDSS* 2002, n° 4, p. 645.
[3] CA Angers, 19 janvier 2005, n° 04/00208.
[4] Cons., const. 11 juin 2010, QPC n° 2010-2, considérant n° 12 : *AJDA* 2010, p. 1178 ; *D.* 2010, p. 1976, note I. Gallmeister ; *ibid*., p. 1980, note V. Bernaud et L. Gay ; *ibid*. 2011, p. 2565, note A. Laude ; *ibid*. 2012, p. 297, chron. N. Maziau ; *RFDA* 2010, p. 696, note C. De Salins ; *RDSS* 2010, p. 127, note R. Pellet ; *Constitutions* 2010, p. 391, note A. Levade et p. 403, note P. De Baecke et p. 427, note X. Bioy ; *RTD civ*. 2010. 517, note P. Puig.
[5] Notons que cette gradation est conforme à la Constitution Cons., const. 11 juin 2010, QPC n° 2010-2, considérant n° 12, précité.
[6] V., S. Porchy-Simon, « Emergence d'une définition de la faute caractérisée dans le contentieux des préjudices liés à la naissance d'un enfant handicapé », *D.* 2013, n° 10, p. 681.
[7] CA Angers, 19 janvier 2005, n° 04/00208, précité.
[8] Cass., civ. 2e 16 janvier 2013, rejet n° 12-14.020, *D.* 2013, chron., p. 591, note I. Darret-Courgeon ; *D.* 2013, p. 681, note S. Porchy-Simon ; *RDSS* 2013, n° 2, p. 325, note D. Cristol.

qu'elle justifie la mise à l'écart du « paravent » dont bénéficie les professionnels de santé avec la loi du 4 mars 2002 et l'évidence comme la violation non sérieusement contestable des principes élémentaires de la fonction[1].

b : Une faute connue en droit pénal

Une faute citée au Code pénal. La faute caractérisée est citée à l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal. Cet article, issu de la loi du 10 juillet 2000[2], participe à une dépénalisation sensible, profitable aux personnes physiques. Il introduit en effet une hiérarchie des fautes et *a fortiori* le réalisme de la causalité[3]. Jusqu'alors, la responsabilité pénale pouvait s'analyser en un regain, puisque de plus en plus lourde à l'égard des décideurs et des chefs d'entreprise. Or, comme M. Mayaud, nous estimons qu'« un excès de responsabilité ne peut que nuire au développement des fonctions ou professions en cause, pour étouffer l'esprit d'initiative de ceux qui les exercent, et contribuer à rompre la chaîne du progrès par des entraves trop fortes à l'invention et à la spontanéité[4] ».
L'article 121-3 du Code pénal est le siège de la culpabilité non intentionnelle, qui se rattache à des comportements, telle l'imprudence, la négligence, la maladresse et qui, s'ils sont répréhensibles, ne sont pas la conséquence d'une volonté délibérée de produire le résultat de l'infraction. La « non-intention », pour reprendre l'expression d'Aristote[5], correspond à la « médiété » dans la gravité des fautes ; autrement dit, une pénalisation des fautes les plus graves et une dépénalisation des fautes les moins graves.

Une faute possédant un caractère de gravité. La faute caractérisée élève le degré de la faute. Celle-ci, aux éléments constitutifs complexes et à la portée considérable, est d'une part constituée par une évidence, celle du caractère grave, inacceptable du comportement, et d'autre part destinée à réprimer les comportements fautifs, non forcément fondés sur la

---

[1] V., D. Cristol, « Diagnostic prénatal : la Cour de cassation lève le voile sur la « faute caractérisée » », *RDSS* 2013, p. 325.
[2] Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.
[3] V., *infra* « Le lien de causalité des actions en responsabilité du droit des procédures collectives ».
[4] Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal… », *D.* 2000, n° 40, p. 603.
[5] Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, Livre II,5, p. 109.

violation d'un texte[1]. En effet, par une interprétation téléologique, la faute dite caractérisée, « désigne une faute dont les éléments sont bien marqués, affirmés, avec netteté. Elle devra donc être objectivement définie dans chaque cas. Il est évident qu'il ne s'agit pas d'une faute ordinaire, simple, fugace ou fugitive. Elle doit présenter un degré certain de gravité[2].
En outre, la faute caractérisée constitue en cette matière une cause indirecte du dommage. Ce texte peut alors se lire comme une faveur faite aux dirigeants d'entreprise. Dès lors qu'ils ne causent pas directement le dommage une faute caractérisée engagera leur responsabilité[3]. La faute caractérisée est donc une faute classique mais revêtue d'une certaine importance.

Contradiction avec le principe de légalité. Nous nous rendons compte alors que le recours à la faute caractérisée en droit pénal est issu d'une technique législative mettant quelque peu à mal l'objectif d'une incrimination claire et précise. En effet en vertu du principe de légalité, toute infraction doit être définie en des termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui[4].

Nous avons tenté de cerner davantage la faute dite caractérisée, en nous appuyant sur des domaines qui l'emploie. Il s'agira par la suite de s'intéresser à la faute caractérisée « au sens d'une faute de gestion ».

B : La faute caractérisée « au sens d'une faute de gestion » : une faute aggravée

L'étendue du terme « caractérisé ». Le *Larousse* définit le terme « caractérisé » comme ce qui est « déterminé avec précision ». Caractériser c'est « indiquer ou constituer le caractère propre de ». Pour le *Littré*, ce qui est caractérisé est ce qui est « marqué d'un caractère », ou « dont le caractère est marqué ». Caractériser est « indiquer, mettre en relief le caractère, la qualité propre ». D'où l'idée selon laquelle ce terme implique une certaine matérialité intrinsèque, une évidence, à ce sur quoi le caractère est marqué, c'est à dire la faute.

---

[1] V., E. Fortis, « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », Colloque du 1er février 2001 organisé par le centre de recherche en droit privé de l'Université Paris I, *RSC*, octobre-décembre 2001, p. 736, spéc., p. 739.
[2] Rapport n° 2528, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, fait par R. Dosière et enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 29 juin 2000.
[3] V., J. Leroy, *Droit pénal général*, LGDJ, coll. Manuel, n° 457, p. 230.
[4] Cass., crim. 29 octobre 1991, cassation n° 89-86.893.

Si en 1967, le caractère particulier de la faute a pu être présumé, parce que qualifiée comme lourde ou grave ; la faute caractérisée, qui est celle suffisamment établie, évidente et non dépourvue de lien avec le préjudice, n'est donc pas une faute présumée. D'où l'abandon de la présomption en 1985.

La faute caractérisée serait donc celle pourvue d'un caractère évident dont une démonstration serait inutile.

Mais une question reste en suspend. Cette évidence, induite par le terme « caractérisé », constitue-t-elle à elle seule la faute (la faute caractérisée est une faute de gestion parce qu'évidente) ou alors justement la faute serait caractérisée parce qu'elle implique outre l'évidence, un critère spécifique ? Nous le pensons. Cette définition générale et intuitive, ne peut suffire à en comprendre le sens juridique dans le cadre de la procédure collective.

Une faute caractérisée *sui generis*. Si la faute caractérisée se limite strictement à la faute de gestion, cette dernière n'est pas une faute caractérisée, au sens de l'article 121-3 du Code pénal ou de l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles.

Force est alors de constater que le droit des procédures collectives s'est construit sa propre faute caractérisée en la limitant à un événement factuel particulier : la gestion. Donc, pour comprendre ce qu'est la faute de gestion il faut avant tout s'attacher à saisir le sens de celle qui est caractérisée par la gestion. La construction de la faute de gestion ne s'est pas faite à partir de la loi de sauvegarde, elle possède, nous l'avons vu, ses racines en 1835 et dériva des types de fautes précédemment étudiés, à savoir la faute lourde et grave.

La faute aggravée de gestion. L'étude de la faute de gestion que nous avons réalisé plus haut[1], nous a amené à circonscrire l'appréhension de la faute de gestion, pour finalement en conclure qu'elle est constituée d'un agrégat de faits et qu'elle se définit à la fois par sa nature, une faute commise dans la gestion et par ses effets, une faute qui aggrave le passif. La conséquence est que c'est la liaison de ces faits qui, par l'ouverture d'une procédure collective, leur donne la qualification de faute de gestion. Donc, la faute de gestion, et nous en sommes restés à ce stade, possède intrinsèquement un degré de gravité. Il s'agit alors d'une faute aggravée de gestion, qui conditionne la responsabilité du dirigeant. Elle doit être commise à l'occasion de la gestion, avant l'ouverture de la procédure collective, elle possède donc un élément de professionnalité qui exclut la profanité. Un premier critère peut être mis

[1] V., *supra* « L'appréhension de la faute de gestion par la Cour de cassation ».

en évidence c'est le critère technique de compatibilité, de sorte que cette faute n'est pas personnelle et donc détachable des fonctions, elle n'est pas d'une particulière gravité.
Cette faute, bien que commise antérieurement à l'ouverture de la liquidation judiciaire, sera interprétée comme telle par le juge *a posteriori*, de sorte que la difficulté tient en ce qu'elle ne naît pas faute, mais qu'elle le devient par les circonstances. Derrière la difficulté, sa preuve ne doit pas laisser place au doute. Ce critère temporel accentue l'usage pragmatique de la responsabilité civile.

Fonction de la faute aggravée de gestion. La faute aggravée de gestion possède selon nous trois fonctions, faisant écho à la finalité hybride et à la fonction protectrice de la responsabilité en droit des procédures collectives.
D'abord, bien qu'elle n'élève pas le seuil de gravité de la faute qui, rappelons-le, est l'apanage de la faute détachable des fonctions, elle possède une gravité intrinsèque qui, associée à l'inefficacité de la fonction réparatrice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif décline et finalement protège le dirigeant.
Ensuite, la faute aggravée de gestion stigmatise dans le même temps le comportement de l'agent, et par là possède un aspect punitif.
Enfin, elle possède une certaine intensité et une certaine évidence qui dépasse une marge d'erreur communément admise.
Ces éléments, centraux dans sa définition, apportent selon nous un critère fondamental à la faute aggravée de gestion qui est donc l'aggravation. Ce critère d'aggravation ne correspond pas au caractère de gravité rencontré à propos de la faute caractérisée telle que l'entend le droit civil ou pénal.

L'aggravation de la situation caractérise la faute de gestion. La faute de gestion n'est pas une faute caractérisée. Elle n'est pas une faute grave, car il n'est pas nécessaire que le ou les faits imputables au dirigeant possèdent ce caractère. D'ailleurs le législateur l'avoue lui-même en évoquant comme exemple l'erreur ou l'imprudence.
Mais, il est nécessaire que les faits aient aggravés la situation dans laquelle se trouve l'entreprise, de sorte que ce critère d'aggravation devient le fondement de la faute de gestion, et donc de la responsabilité lorsqu'une telle faute est requise en droit des procédures collectives, c'est à dire pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et pour l'action en responsabilité pour cessation des paiements.

Or, ce critère est objectif, préalable à la qualification de la faute, et il renvoie à l'aggravation de la situation des intérêts visés plus haut, déjà lésés par l'ouverture d'une procédure collective. L'aggravation tient donc en la primauté de l'intérêt individuel du dirigeant, intérêt virtuel sur les intérêts de la procédure collective.

La question qui se pose maintenant est celle de savoir si cette faute peut consister en une erreur (**1**) ou une imprudence (**2**), comme l'entend le rapport Hyest.

1 : Erreur et faute aggravée de gestion

Définition de l'erreur. L'erreur, selon Le *Larousse* correspond à une fausse opinion, une fausse doctrine, un jugement contraire à la vérité ; une illusion, comme un « manquement provenant de l'oubli ou de l'ignorance de certaines règles ou de certains faits ». Le *Littré* définit l'erreur comme « l'état d'un esprit qui se trompe », même en une « faute, une méprise », une « faute commise dans une supputation ». Dans sa définition, l'erreur serait une faute.

D'un point de vue philosophique, dans l'absolu, il n'y a pas d'erreur. Il n'y a qu'une vue incomplète de la vérité ; d'où une définition de l'erreur comme la non-connaissance prise comme une connaissance, voire la demi-connaissance prise comme pour une connaissance entière. Ainsi, pour Descartes, « l'erreur n'est pas une pure négation, c'est à dire, n'est pas le simple défaut ou manquement de quelque perfection qui ne m'est point due, mais plutôt est une privation de quelque connaissance qu'il semble que je devrais posséder[1] », elle constituerait donc la privation d'une vérité inhérente à la nature humaine. L'erreur n'est alors pas une simple négation, mais la positivité de ce qui ne devrait pas être, c'est l'affirmation de la fausseté.

L'erreur possède alors, intrinsèquement, une certaine part de vérité. Seulement, cette vérité semble exagérée au préjudice du reste de la vérité. Dans ce cadre, l'erreur est en elle-même une faute. Si l'erreur est une faute, on ne peut pas alors les distinguer.

Alors elle semble constituer en elle-même une faute, c'est à dire une action de l'intelligence imputable à l'agent qui répond de ses actes intérieurs comme extérieurs ou, une violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou

[1] R. Descartes, *Méditations métaphysiques*, Méditation quatrième, PUF, coll. SUP, « Les Grands Textes », 5e éd., 1968, p. 84.

de diligence[1]. L'erreur pourra donc consister en de la paresse, de la négligence, dans le manque d'examen, de tout défaut d'attention.

Erreur et droit. En droit nous dit M. Tunc, le terme de faute, appliqué sans discrimination à deux notions différentes telles que la faute et l'erreur, rend inadéquate la faute comme critère de responsabilité[2]. En effet, la faute représente pour ce dernier un écart de conduite, un comportement, finalement elle implique un choix de la part de son auteur à faire sur sa conduite. L'erreur au contraire, si elle est la source de la plupart des dommages ne consiste qu'en une méprise, une inadvertance, en une réaction malheureuse face à un événement imprévu, lot de l'activité humaine. Finalement, l'erreur n'implique aucun choix mais une faiblesse morale ou personnelle, une négligence. Or, poursuit l'auteur, la distinction entre la faute et l'erreur n'est pas celle qui peut exister entre la faute légère et la faute lourde. Tout est une question de choix et de curseur. S'il dépasse la limite du mauvais côté, l'agent commet alors une faute. L'erreur constituerait en quelque sorte une « pré-faute ».
L'erreur et la faute seraient alors, pour M. Tunc, deux concepts différents. Le *bonus pater familias* ne peut éviter de commettre des erreurs et l'erreur, contrairement à la faute, n'a pas de fonction préventive car la menace d'engager sa responsabilité ne peut empêcher le citoyen raisonnable de commettre des erreurs. Pourtant, l'article 221-6 du Code pénal dispose que la « négligence », « la maladresse » est passible d'une peine d'emprisonnement. Sachant cela, comment ne pas imaginer que le dirigeant social, négligent ou maladroit, ne doive pas réparer le dommage civil qu'il a causé ? Notamment, puisqu'« il ne saurait y avoir inexécution et, partant, responsabilité que là ou le juge constate l'imprudence ou la négligence, l'erreur de conduite, la faute[3] ». Finalement, selon M. Mazeaud, la faute serait « une erreur de conduite que n'aurait pas commise une personne avisée[4] ». Pourtant, l'erreur n'est-elle pas humaine ? Et puisque l'erreur est inhérente à l'homme, elle n'a pas, *a priori*, à être sanctionnée. L'erreur ne peut pas devenir une faute *a posteriori*, sauf à considérer la faute morale différente de la faute juridique, et si tel était le cas, cela reviendrait à priver la victime d'indemnisation.

---

[1] Article 1242 de l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile.
[2] V., A. Tunc, *La responsabilité civile*, Economica, 2e éd., coll., Études juridiques comparatives, Paris, 1989, n° 149, p. 114.
[3] H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles ; « obligations déterminées » et « obligation générale de prudence et diligence », *RTD civ.* 1936, p. 1, spéc., n° 57, p. 49.
[4] H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles ; « obligations déterminées » et « obligation générale de prudence et diligence », *RTD civ.* 1936, n° 60, p. 52.

A contrario, assimiler erreur et faute aurait un effet paralysant, particulièrement en notre matière car, comme l'écrit justement M. Tunc, « si les dirigeants de société étaient menacés de responsabilité à chaque fois qu'une de leur décision se révèle malheureuse ou même, rétrospectivement, erronée, il est vraisemblable qu'ils ne prendraient pas les risques nécessaires et que la société végéterait avant de péricliter progressivement[1] ». Donc, si l'erreur de gestion est punie, le dirigeant, pour éviter d'en commettre évitera de prendre des décisions ! Ce n'est pas concevable. La seule erreur de gestion ne doit pas être fautive.

L'erreur non fautive. Plaçons-nous à l'instant où la personne morale commence à connaître des difficultés financières, peut-être est-elle en cessation des paiements, mais le redressement n'est pas manifestement impossible. Si dans cette hypothèse on considère que l'erreur de gestion constitue en elle-même une faute de gestion, alors cette faute existe, à un instant *t*, mais, par refoulement, on ne la réprime pas. La raison est simple en réalité, les difficultés de l'entreprise ne sont pas assez sérieuses pour que la responsabilité civile puisse être utilisée par la politique juridique de la procédure collective pour protéger son efficacité. En effet, l'avenir de l'entreprise, sa continuité et la sauvegarde de l'emploi sont d'une importance supérieure par rapport à la réparation. Si cela se justifie économiquement, le juriste ne peut qu'être interpellé par de telles considérations, car soit il y a faute et on oblige à réparation soit il n'y a pas de faute. Il ne peut y avoir de demi-mesure. Ainsi, une erreur ne devrait pas pouvoir devenir faute et être gommée par les difficultés financières.
Donc, en ne réprimant pas l'erreur dès l'origine, la responsabilité civile ne joue pas son rôle, ou plutôt, on ne la lui fait pas jouer. On lui fera jouer lorsque les difficultés sont avérées, car il faut trouver des fonds. La responsabilité civile retrouve alors pleinement sa fonction de protection de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.

Erreur et faute aggravée de gestion. Revenons à la question de savoir si l'erreur est une faute aggravée de gestion. Il a déjà été démontré avec justesse que l'erreur de gestion, comprise comme une insuffisance d'étude de la décision de gestion et de ses conséquences à court et moyen terme, comme une compétence professionnelle imparfaite, voire parfois comme une circulation défectueuse de l'information au sein de l'entreprise[2], ne « revêt pas

[1] A. Tunc, *La responsabilité civile, op. cit.,* n° 65, p. 137.
[2] V., B. Bouillon, *La faute de gestion du dirigeant social*, Thèse, p. 265.

une gravité ou une motivation suffisante pour l'assimiler à une véritable faute de gestion[1] ». Mais aujourd'hui, il semble qu'il faille distinguer.

La réponse sera positive si on entend la faute comme un comportement intrinsèque aux faits. Elle sera négative si on admet des degrés dans l'erreur. Puisque la faute aggravée de gestion suppose une aggravation, la simple erreur ne devrait pas être fautive. On admettrait en quelque sorte « un droit à l'erreur[2] ». L'erreur ne deviendrait fautive que si elle contribue à créer l'insuffisance d'actif ; si le préjudice est caractérisé. C'est la situation dominante actuelle, il y a confusion entre erreur de gestion et faute de gestion[3].

Alors, l'assimilation de l'erreur de gestion à la faute est une question d'opportunisme juridique relative à la prétendue finalité réparatrice de l'action en responsabilité civile dans les procédures collectives. On sanctionne le plus petit écart de conduite, on prétend le réparer alors qu'au final on recherche aussi à punir le dirigeant.

Or, si les erreurs sont assimilées par le juge à des fautes, ces erreurs ne peuvent constituer systématiquement une faute aggravée de gestion, bien établie, évidente.

Une agrégation d'erreurs constitutive d'une faute aggravée de gestion. Notre approche de la faute aggravée de gestion, comme une agrégation de faits, nous conduit alors à la conclusion que, non pas « l'erreur de gestion » au sens du rapport Hyest, mais les erreurs ou une série d'erreurs de gestion, commises de manières répétées où dans la cadre de la gestion mais dans des domaines différents, peuvent amener le juge à conclure positivement sur l'existence d'une telle faute[4]. Donc, l'erreur constitue une faute aggravée de gestion parce qu'elle est pourvue d'une certaine intensité. Autrement dit, il y aurait des erreurs de gestion et

---

[1] B. Bouillon, *La faute de gestion du dirigeant social*, Thèse, p. 265.

[2] S. Messaï-Bahri, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, BIRJS – André Tunc, tome 18, 2009, n° 177, p. 71.

[3] Sans prétendre à l'exhaustivité, v. Cass., com. 9 octobre 1979, rejet n° 78-11.053 ; CA Paris, 2e ch., 26 juin 1997 : « dans le cadre d'une action en comblement, une condamnation ne peut intervenir que dans le cas où il est établi une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Qu'aucune faute de gestion, qu'aucune erreur de gestion n'est établie » ; CA Angers, ch., com. 16 mars 2010, n° 09/00334 ; Cass., com. 3 juillet 2012, rejet n° 10-17.624, précité.

[4] V., A. Viandier, « Non cumul de l'expertise de minorité et de l'expertise *in futurum* », *JCP E* 2002, n° 36, p 1253. Note sous T. Com. Paris, 27 juin 2002, n° 2002041735, précité. Selon l'auteur, « de mauvaises performances dues à un retournement de marché difficilement prévisible, ou à l'inopportunité d'une décision, ne sont pas en soi des fautes de gestion et ne peuvent l'être compte tenu des aléas inhérents à l'activité économique ».

des erreurs de gestion fautives. Seules ces dernières seraient constitutives d'une faute aggravée de gestion[1].

Distinction de l'erreur et de la faute en jurisprudence. La distinction entre erreur et faute nous semble avoir trouvée écho auprès de certaines juridictions du fond.

Un premier jugement évoque la possibilité de commettre des erreurs et partant l'incompétence du tribunal pour la qualifier de faute. Ainsi, « il n'appartient pas au tribunal de juger dans l'abstrait une telle décision (décisions prises pour améliorer une situation critique, dont les risques n'étaient pas hors de proportion avec les possibilités de l'entreprise) car de telles décisions sont les bases mêmes de toute créativité industrielle ou commerciale qui ne saurait exister sans cette notion de risque à courir, même si les chances de réussite ne sont pas totales[2] ».

Une décision de Cour d'appel les distingue clairement[3]. Elle évoque d'une part le fait « qu'aucune faute de gestion ne peut être reprochée au gérant », et d'autre part « qu'aucune erreur de gestion ne peut non plus lui être reprochée ».

De même, un jugement du tribunal de commerce de Paris distingue la faute de l'erreur car « ne sont pas en elles-mêmes des fautes, pouvant être sanctionnées par le juge, les erreurs dans l'appréciation des opportunités de gestion, éventuellement commises, lors des prises de décisions[4] ». En l'espèce, les demandeurs actionnaires s'inquiétaient de la façon dont la société était dirigée, et particulièrement du défaut d'information qui leur serait due.

Deux autres arrêts témoignent du fait que seule une erreur pourvue d'une certaine intensité, répétée, est susceptible de caractériser une faute de gestion. Le premier date de 2008 et concerne l'acquisition de trois fonds de commerce, dont deux ont été revendus à perte ; pour la Cour d'appel, « ces acquisitions ont donc constitué des erreurs de gestions[5] », ce qui « en a fait une faute ». Le second, rendu un an plus tard, ne peut pas être plus explicite : « aucune faute de gestion n'étant retenue à l'encontre du défendeur à l'exception des deux erreurs qu'il a admis avoir commises quant à l'imputation des frais de notaires et à la clause désignant le

---

[1] V., CA Toulouse, 26 novembre 2013, 2e ch., 2e section, n° 12/03565. Dans cet arrêt il est écrit que « le texte de l'article L. 651-2 du Code de commerce ne distingue pas entre faute lourde ou non de gestion et l'erreur de gestion, dès lors qu'elle est fautive, doit être retenue, telle qu'une décision non conforme à l'intérêt social ».

[2] T. Com. Roubaix, 21 novembre 1979, *Gaz. Pal.* 1980, II, p. 387.

[3] CA Versailles, 11 juin 1998, n° 1996-346.

[4] T. Com. Paris, 27 juin 2002, n° 2002041735, *Adam et autres c/ SA Vivendi Universal*, *Bull. Joly* 2002, n° 8, p. 942, note A. Couret ; *JCP E* 2002, n° 36, p. 1253 ; *Dr. sociétés* 2003, n° 1, p. 2, note F.-G. Trébulle ; *Rev. sociétés* 2002, p. 719, note P. Le Cannu.

[5] CA Besançon, ch., com. 2, 23 janvier 2008, n° 07/00896.

bénéficiaire du contrat d'assurance vie, la demande en dommages intérêts pour préjudice moral a été justement retenue[1] ».

La maladresse du législateur à propos de l'erreur de gestion se retrouve-t-elle avec l'imprudence ?

2 : Imprudence et faute aggravée de gestion

Définition de l'imprudence. Comme pour l'« erreur de gestion », le terme « imprudence » est malheureux. Faut-il l'entendre comme une faute d'imprudence ou alors comme un simple exemple ? L'imprudence est définie par le *Littré* comme « l'action contraire à la prudence ». Le *Larousse*, plus explicite ici, l'a définit comme « l'action imprudente » avant de poursuivre que « les fautes peuvent être volontaires ou involontaires ; parmi ces dernières, celle qui occasionne chaque jour de graves préjudices, qui est la source d'actions en responsabilité, que chacun de nous est exposé à commettre, c'est l'imprudence. Être imprudent, c'est oublier à un moment donné, ou négliger certaines règles prescrites, soit par les règlements, soit par l'expérience de la sagesse, soit par le simple bon sens. La société veut que chacun de ses membres n'agisse qu'avec réflexion, se pénètre de toutes les obligations qu'il a à remplir, ne se livre pas à l'impulsion du premier moment, obéisse aux règlements édictés par l'autorité et se préoccupe sérieusement d'éviter tout ce qui est de nature à nuire à autrui. Si l'on pensait qu'un moment d'imprudence peut entraîner de sérieux dommages pour ses semblables, mettre sa propre vie en danger, exposer sa personne à des blessures ou à des infirmités, diminuer dans une proportion quelconque sa fortune et son bien-être, il semble que bien des chances seraient réunies pour conjurer les malheurs qui se produisent si fréquemment ».

De cette définition, il semble d'une part que l'imprudence constitue une faute involontaire et positive impliquant à la fois l'oubli et la négligence. Alors, pour parer à cette imprudence il faut réfléchir aux conséquences de ses actes. D'autre part, que le devoir de prudence s'applique à toutes les activités et amène à prendre toutes les précautions qui s'imposent afin d'éviter d'accroître le risque intrinsèque de l'activité. Le devoir de prudence n'est pas cloisonné, il s'adapte en fonction des circonstances. La conséquence quant à son appréciation par les tribunaux, réside dans le fait qu'elle se fera en tenant compte des difficultés auxquelles l'auteur du dommage est confronté afin d'y ajuster l'appréciation *in abstracto*. Donc,

[1] CA Versailles, Ch. 1, section 1, 5 février 2009, n° 08/00586.

l'appréciation de la prudence requise par un professionnel agissant *es qualité* se fera par rapport aux standards de la profession, aux usages, par rapport aux moyens dont il dispose au moment où il agit et de l'attitude que l'on peut normalement attendre d'un « bon professionnel »[1].

En outre, nous avons vu que le droit pénal distingue la faute simple d'imprudence de la faute caractérisée. En effet, l'individu ayant causé directement le dommage est pénalement responsable même s'il y a faute d'imprudence ordinaire. Pour l'individu qui a causé indirectement le dommage, il ne sera responsable que si sa faute est caractérisée[2]. En d'autres termes, une faute caractérisée ne sera relevée que si aucune faute ordinaire ne peut être sanctionnée car les personnes physiques n'ont pas causé directement le dommage[3].

Devons-nous alors distinguer ? Sans doute la réponse est positive, la faute d'imprudence ne possède pas l'aggravation requise pour ce type de faute. Donc *a priori* la faute d'imprudence diffèrerait de la faute aggravée de gestion.

L'imprudence constitutive d'une faute aggravée de gestion. Mais, le rapport Hyest ne fait pas mention d'une quelconque « faute d'imprudence », mais de « l'imprudence » entendue selon nous comme un simple exemple. Cette précision nous renseignerait alors sur le possible caractère involontaire de la faute aggravée de gestion. De plus, l'imprudence comme élément déclencheur de responsabilité, insiste sur le fait que le dirigeant soumis à une procédure collective, s'il néglige les règles prescrites, s'il ne réfléchit pas aux conséquences de ses actes, verra alors sa responsabilité engagée.

L'imprudence relative à la gestion s'insère donc dans un circuit. Dès lors que le gérant sortira du chemin balisé en théorie par les règles relatives à la bonne gestion d'une entreprise, il commettra une imprudence et, partant, une faute aggravée de gestion qui sera susceptible d'engager sa responsabilité. Cette imprudence, vierge de tout degré de gravité, devra être commise antérieurement au prononcé de la liquidation judiciaire.

Si l'entreprise est au « dessus de ses difficultés[4] », les tribunaux n'hésitent pas à condamner un dirigeant si son comportement s'écarte de celui d'un administrateur consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de gestion. Par exemple, ils ont pu retenir comme comportement fautif celui contraire à l'intérêt social[5].

---

[1] V., G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 477, p. 421 et s.
[2] V., J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Référence, 19e éd., n° 522, p. 431.
[3] V., E. Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 3e éd., n° 850, p. 620.
[4] Expression empruntée à F. Cherchouly Sicard, *op. cit.*
[5] V., Cass., com., 7 octobre 1997, rejet n° 94-18.553.

On se rend compte alors que les juges laissent aux dirigeants une certaine marge d'erreur, inhérente à toute prise de décision. Le dirigeant ne commettra pas de faute si sa gestion est correcte et qu'il agit de bonne foi et en bon professionnel. En effet, comme la gestion d'une entreprise induit la prise de certains risques, ce n'est pas parce qu'un risque se réalise que le dirigeant est nécessairement fautif.

Donc, l'imprudence diffère de la seule erreur en ce qu'elle est sanctionnable. Les tribunaux retiennent généralement trois catégories d'imprudences fautives : relative aux structures sociétaires, aux engagements conventionnels de la société ou à l'utilisation inconsidérée des finances de la société[1]. *A contrario*, la responsabilité du dirigeant ne sera pas engagée, soit parce que la décision de gestion a été prise dans des conditions légitimes, soit c'est un fait imprévu qui a conduit à une mauvaise fortune[2].

La faute compatible avec la gestion comporte un élément d'aggravation qui est objectif. Tel n'est pas le cas de la faute détachable.

Paragraphe 2 : La subjectivation de la faute séparable des fonctions

Notion de faute séparable. Il semble naturel qu'un fait dommageable engage la responsabilité personnelle de son auteur. Seulement, la seule faute n'est pas une source de responsabilité effective, encore faut-il que celle-ci soit la cause du dommage. En conséquence, « toute recherche de responsabilité civile nécessite une double investigation : la détermination de l'identité de la personne dont la responsabilité est incriminée ; l'analyse critique de sa conduite par la mise en évidence de ses fautes[3] ».

Or, en notre matière, lorsque la victime est victime d'un préjudice personnel et que celui-ci rejaillit sur les critères d'appréciation de la faute reprochée au défendeur, « on aboutit à la notion (…) de faute séparable des fonctions[4] », qui semble nécessaire afin d'indemniser ceux qui, d'une part la subissent et qui, d'autre part, peuvent justifier la perte de la totalité de leur

---

[1] V., B. Le Bars, « responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Répertoire de doit des sociétés* janvier 2013, n° 44.

[2] *Ibid.,* n° 46.

[3] Ch. Freyria, « Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 181.

[4] A. Martin-Serf, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux : un nuancier de plus en plus subtil », *in Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 389.

droit ou de leur investissement par la faute du dirigeant[1]. La faute séparable ou détachable aboutit à ce que soit recherchée la responsabilité personnelle de celui qui a passé l'acte au nom de la société[2].

Une notion favorable au dirigeant. Pourtant, la faute séparable est « l'expression d'une politique judiciaire qui est fondée sur l'idée raisonnable consistant à délivrer le dirigeant d'une responsabilité étroitement liée à l'activité de l'entreprise[3] », d'où une jurisprudence qui est largement favorable aux dirigeants, et qui a pour conséquence le déclin de sa responsabilité.

Une notion empruntée au droit administratif. Cette notion de faute séparable de l'exercice des fonctions renvoie *a priori* à une distinction connue du droit administratif. En effet, l'une des grandes caractéristiques du système de responsabilité de la puissance publique repose sur la distinction entre faute personnelle et faute de service[4]. Cette *summa divisio,* forgée par le Tribunal des conflits à l'occasion de l'arrêt Pelletier[5], et tendant à limiter la responsabilité personnelle du fonctionnaire, s'est propagée en droit privé sous une appellation différente.

Une notion reprise par les juridictions judiciaires. La chambre commerciale s'est emparée de cette notion dès 1982[6]. Dès lors, et jusque 2003[7], ce qui caractérisait la faute séparable des fonctions était un critère organique, objectif.

---

[1] V., L. Camensuli-Feuillard, « L'irresponsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé, du créancier et de la société débitrice en difficulté », *Bull. Joly* 1er janvier 2008, n°1, p. 66, spec., p. 75.

[2] C. Champaud, « La responsabilité commerciale de Colbert à Badinter », *in Mélanges André Decocq – Une certaine idée du droit,* Litec, 2004, p. 121.

[3] M. Germain, avec le concours de V. Magnier, *Traité de droit commercial – Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, LGDJ, 19e éd., n° 1760-1.

[4] J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 25e éd., n° 460, p. 491. L'intérêt de cette *summa divisio* est de distinguer, parmi les fautes dommageables, celles qui peuvent être appréciées en dehors de tout examen du comportement de l'administration ; elles constituent des fautes personnelles à leur auteur, détachables de l'exercice normal de sa fonction, et engagent sa responsabilité devant les tribunaux judiciaires dans les termes du droit privé. Quant aux faits dommageables non détachables, ils peuvent constituer des fautes de service, qui engagent devant les tribunaux administratifs, la responsabilité des personnes publiques.

[5] T. confl. 30 juillet 1873, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n° 2.

[6] Cass., com. 8 mars 1982, cassation n° 79-10.412, *Rev. sociétés*, 1982, p. 573, note Y. Guyon.

[7] Cass., com. 20 mai 2003, rejet n° 99-17.092, *D.* 2003, p. 1502, note A. Lienhard et p. 2623, note B. Dondero ; *Rev. sociétés*, 2003, p. 479, note J.-F. Barbièri ; *RTD civ.* 2003, p. 509, note

En effet, « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement[1] ». Dès 2003, une tendance à l'abandon sur le fond du critère organique s'amorça. La Haute juridiction a retenu la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers lorsqu'il commettait une faute séparable de ses fonctions. Selon la Cour, « il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions ». Ce double critère, moral et matériel, est remarquable. Il renvoie à une définition subjective, protégeant ainsi le fautif malheureux, voire incompétent. Le fondement de ce principe veut donc que le dirigeant d'entreprise engage sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers seulement s'il a commis une faute séparable des fonctions sociales.

Consécration de la faute séparable en droit des procédures collectives. Trois ans plus tard, la chambre commerciale énoncera cette règle prétorienne à propos d'un dirigeant dont la société est mise en procédure collective. Pour reprendre les termes de l'arrêt, « la recevabilité d'une action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions[2] ». Deux conditions gouvernent alors l'exercice de cette action. L'une concernant sa recevabilité et l'hypothèse d'un préjudice personnel allégué par un créancier. L'autre, est relative à la preuve d'une faute séparable[3].

P. Jourdain ; *RTD com.* 2003, p. 523, note J.-P. Chazal et Y Reinhard et p. 741, note Y Champaud et D. Danet ; *Dr. sociétés*, 2003, n° 8, p. 25, note J. Monnet ; *D. et patr,* 11/2003, p. 91, note D. Poracchia ; *JCP G* 2003, p. 2000, note S. Reifergeste ; *JCP E* 2003, p. 1331, note J.-J Caussain *et al.* ; *Gaz. Pal.* 6 février 2004, n° 37, p. 22, note J.-F. Clément ; *Banque et droit,* septembre/octobre 2003, p. 64, note M. Storck ; *Bull. Joly*, 2003, p. 786, note H. Le Nabasque ; *LPA* 7 novembre 2003, n° 223, p. 13, note S. Messaï.

[1] Cass., com. 28 avril 1998, cassation n° 96-10.253, *Rev. sociétés*, 1998, p. 767, note B. Saintourens ; *RTD civ.* 1998, p. 688, note P. Jourdain et 1999, p. 99, note J. Mestre ; *RTD com*, 1998, p. 623, note B. Petit et Y. Reinhard.

[2] Cass., com. 7 mars 2006, rejet n° 04-16.536, *Rev. sociétés*, 2006, p. 644, note J.-F. Barbièri ; *D.* 2006, p. 857, note A. Lienhard ; *RTD com.* 2006, p. 431, note P. Le Cannu ; *Bull. Joly* 1er juillet 2006, n° 7, p. 938, note F.-X. Lucas.

[3] V., F.-X. Lucas, « Action en responsabilité exercée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société soumise à une procédure collective », *Bull. Joly* 1er juillet 2006, n° 7, p. 938.

Nous allons nous intéresser particulièrement aux critères de qualification de la faute séparable. Ils sont doubles. Un premier critère relatif aux personnes concernées (**A**) et un second relatif à son étendue (**B**).

A : Les critères ratione personae

Nous répondrons ici à une double question, celle de savoir qui sont ces « tiers » pour qui l'exigence d'une faute séparable s'impose (**1**) et celle relative aux dirigeants susceptibles de voir leur responsabilité personnelle engagée (**2**).

1 : Les demandeurs

Le tiers. Classiquement, le tiers s'entend d'une personne étrangère à une situation juridique, à un acte juridique, c'est à dire qui n'est ni partie ni représentée à un contrat, qui n'est donc pas touchée par son effet obligatoire[1]. En notre matière, le tiers semble davantage être une personne étrangère à une personne juridique. Cette personne est-elle physique (le dirigeant) ou morale (la société) ? Si le tiers est une personne étrangère au dirigeant personne physique, alors cette victime concerne un éventail de personnalité, y compris la société. Alors que si le tiers est étranger à la société, il engloberait toutes les victimes de la société.

Une responsabilité possible que dans l'ordre externe. La responsabilité personnelle du dirigeant ne vaut que dans l'ordre externe, vis à vis des tiers, de sorte que la faute non séparable permet au dirigeant poursuivi de faire endosser à la société le poids des fautes commises en son nom. *A contrario*, l'écran formé par la personne morale ne peut pas être activé dans l'ordre interne, « c'est-à-dire dans le cadre des rapports entre d'une part le dirigeant et d'autre part la société elle-même ou ses associés. La solution est de bon sens. La société ne peut en effet ici faire écran vis-à-vis d'elle-même : ce serait la faire passer du statut de victime à coupable. Elle ne peut non plus faire écran entre ses associés et dirigeants, ce serait oublier que toutes ces personnes s'épanouissent en son sein : comment former un écran opaque entre ses propres organes ?[2] ». En résumé, la responsabilité d'un gérant vis-à-vis de la société qu'il dirige n'est pas subordonnée à la preuve d'une faute détachable de ses fonctions[3].

---

[1] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v. Tiers.
[2] R. Mortier, « Responsabilité du gérant à l'égard de la société », *Dr. sociétés,* 2007, n° 8-9, comm. 151.
[3] Cass., civ. 1re 15 mai 2007, cassation n° 06-12.317, *Dr. sociétés*, 2007, n° 8-9, note R. Mortier ;

Par conséquent, la société n'étant pas soumise à la preuve d'une faute séparable, le tiers lui est donc étranger de sorte que la notion de faute séparable semble se justifier par la théorie de l'écran social qui protège le dirigeant pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions.

Le créancier est un tiers. Il ne fait pas de doute que le créancier social soit un tiers, tel le client impayé[1] ou encore la société filiale en tant que créancière de la société mère[2].

Le commissaire aux comptes est un tiers. Le commissaire aux comptes[3], « ne peut prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la personne ou de l'entité dont il est chargé de certifier les comptes, ou auprès d'une personne qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle » ou ne peut être nommé dirigeant ou salarié des personnes ou entités qu'il contrôle. Ils ne sont donc pas considérés comme des membres de la société, ils devraient donc être entendus comme des tiers, soumis à la démonstration d'une faute séparable.

L'obligataire est un tiers. Les obligataires sont des créanciers regroupés en une masse, avec à leur tête un représentant[4]. Or, il a été jugé que ce représentant avait qualité pour former une tierce-opposition[5]. En vertu de cette possibilité, on peut en déduire la qualité de tiers de l'obligataire et la nécessité pour lui de prouver une faute séparable des fonctions en réparation de son préjudice personnel.

Le salarié est un tiers. Les procédures collectives, en vertu de ses finalités comme le maintien de l'emploi, constituent un outil de la politique économique. Or, les salariés, s'ils possèdent une place particulière au sein de la société, sont-ils soumis à la démonstration d'une

---

[1] Cass., com. 7 mars 2006, rejet n° 04-16.536, *Rev. sociétés*, 2006, p. 644, note J.-F. Barbièri ; *D.* 2006, p. 857, note A. Lienhard ; *RTD com.* 2006, p. 431, note P. Le Cannu ; *Bull. Joly* 1er juillet 2006, n° 7, p. 938, note F.-X. Lucas ; CA Aix-en-Provence, 8e ch., sect. B, 14 janvier 2011, n° 09/01764, *Act. proc. coll.* 2011, n° 11, alerte 169.

[2] Cass., com. 27 mai 2014, rejet n° 12-28.657, *JCP E*. 24 juillet 2014, n° 30, p. 1397, note A. Cerati-Gauthier ; *Rev. sociétés* 2014, p. 529, note Ph. Roussel Galle ; *RTD com*. 2014, p. 687, note A. Martin-Serf.

[3] V., les articles L. 822-11 et 822-12 du Code de commerce.

[4] V., C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 937, p. 599.

[5] Cass., com. 10 juillet 2012, cassation n° 11-22.898, *Rev. sociétés* 2012, p. 536, note L.-C. henry ; *Bull. Joly* 2012, p. 810, note F.-X. Lucas ; *BJE* septembre 2012, p. 278, note Ph. Roussel-Galle ; *JCP E* 2012, n° 6, p. 1571, note J.-M. Moulin et 1757, note Ph. Pétel ; *LPA* 15 avril 2013, p. 9, note V. Thomas ; *Gaz. Pal.* 12-13 octobre 2012, p. 26, note Ch. Lebel.

faute séparable ? Selon certains auteurs, le salarié n'est pas un tiers. Au regard de l'article 1832 du Code civil, il serait animé d'un *affectio societatis,* il participerait aux résultats (donc aux pertes aussi ?), et apporterait à la société son industrie[1]. Aussi, ces auteurs justifient la qualité de non-tiers du salarié par le régime dérogatoire de responsabilité. Le salarié engage la responsabilité de la société s'il agit dans l'exercice de ses fonctions. Or, d'une part, tel est le cas en vertu du lien de subordination qui le définit, et d'autre part cette responsabilité ne joue qu'à l'égard des tiers, non entre l'employeur et ses salariés[2].

Mais ce débat semble hors de propos pour notre matière. Nous rejoignons M. Morvan lorsqu'il écrit qu'il « relève d'une problématique de droit des sociétés bien étrangère au droit du travail » et que « le juge du licenciement ne se soucie pas de savoir si le salarié est un tiers ou non à la société qui revêt la qualité d'employeur », le fait que « le travailleur n'est pas partie au contrat de société » est « une circonstance contingente et insusceptible de produire la moindre conséquence juridique en droit social »[3].

Dès lors, revenons à la définition du « tiers ». Le salarié, une fois embauché est un cocontractant de la société, ce qui *de facto* lui donne la qualité de tiers[4]. Donc, les salariés devraient, pour exercer l'action en responsabilité personnelle, prouver une faute séparable.

L'associé n'est pas un tiers. L'associé, quant à lui, est membre de la société[5]. Ainsi, la « recevabilité de l'action exercée par un associé à l'encontre des dirigeants d'une société faisant l'objet d'une procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel, peu important que la procédure collective fasse apparaître une insuffisance d'actif. La mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires agissant en réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi n'est pas soumise à la condition que les fautes

---

[1] V., A. Leport et H. Guyot, « Polémiques autour du pouvoir de licencier dans la société par actions simplifiée », *JCP S* 16 février 2010, n° 7, p. 1067.

[2] V., Rapport de M. André, sous Cass., mixte, 19 novembre 2010, cassation n° 10-10.095, *D.* 2011, p. 344, note A. Lienhard, note F. Marmoz, et p. 123, chron. V. Vigneau, et p. 314, note A. Outin-Adam et M. Canaple, et p. 1246, note G. Borenfreund, E. Dockès, O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, T. Pasquier, I. Odoul Asorey et M. Sweeney, et p. 2758, note J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *Rev. sociétés* 2011, p. 34, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 2011, p. 130, note B. Dondero et P. Le Cannu.

[3] P. Morvan, « Nullité en droit du travail et délégation de pouvoirs dans la SAS », *JCP S* 15 juin 2010, n° 24, p. 1239.

[4] V., B. Frédéric et U. Sarah, « La validité des lettres de licenciement au sein des SAS », *JCP E* 25 février 2010, n° 8, p. 1205 et J.-Ph. Robé, « Des délégations de pouvoirs dans les SAS, Remarques sur quelques arrêts récents », *Semaine Sociale Lamy* 22 février 2010, n° 1434.

[5] V., S. Messaï-Bahri, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, BIRJS – André Tunc, tome 18, 2009, n° 448 et s., spec., n° 451, p. 159.

imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales[1] ».

Il ne peut donc être considéré comme un tiers, agissant au nom et pour le compte de la société, et non dans leur intérêt propre. Donc, les dirigeants sont responsables envers les associés dans les conditions de droit commun.

2 : Les défendeurs

Dirigeant de droit ou de fait. Ce qui doit être séparable c'est la faute du dirigeant. Or, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne distingue pas selon que la faute de gestion est commise par le dirigeant de droit ou de fait. Pour la faute séparable, il en va de même.

Le dirigeant de droit se définit par opposition à l'associé, le membre du groupement ou tout autre personne dépourvue des fonctions de gestion. Cela suppose que le dirigeant ait été régulièrement investi de ses fonctions par les statuts. Il s'agit de celui qui est « régulièrement et officiellement investi des fonctions de direction, dont la qualité résulte de la loi[2] ». Le dirigeant de droit peut donc se voir reprocher une faute séparable.

S'agissant du dirigeant de fait, il « a besoin pour s'épanouir dans une société de la carence ou de l'indifférence, de la complaisance ou de la résignation du ou des dirigeants de droit[3] ». La jurisprudence lui fait donc supporter le poids des fonctions légales de direction. Ainsi, un cadre supérieur sera assimilé à un dirigeant de fait s'il excède « notablement ce que requiert une conscience professionnelle bien comprise[4] ». De même, se comporte en dirigeant de fait le directeur, salarié, qui agit en totale indépendance, en écartant le président d'une association et en prenant des décisions contraires aux recommandations du conseil d'administration[5]. Dès lors, la simple abstention ou l'acte isolé ne peut conférer la qualité de dirigeant de fait.

---

[1] Cass., com. 9 mars 2010, cassation n° 08-21.547, *D.* 2010, p. 761, note A. Lienhard et p. 2797, note J.-C. Hallouin ; *Rev. sociétés*, 2010, p. 230, note H. Le Nabasque ; *RTD com.* 2010, p. 374, note P. Le Cannu et B. Dondero, et p. 407, note N. Rontchevsky ; *RTD civ.* 2010, p. 575, note P. Jourdain ; *RSC* 2011, p. 113, note F. Stasiak ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 16, note A. Martin-Serf ; *JCP E* 2010, n° 1483, note S. Schiller ; *Dr. sociétés,* note M.-L. Coquelet ; *Bull. Joly* 2010, p. 537, note D. Schmidt.

[2] J.-M. Deleneuville, « L'action en comblement de l'insuffisance d'actif social de l'article L. 624-3 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.*, juin 2002, n° 2, p. 76.

[3] A. Martin-Serf, *Rev. proc. coll.* 2008 n° 2, comm.84, note sous CA Paris, 30 octobre 2007, ch. 3, sect.. A, n° 07/01824

[4] *Ibid.*

[5] Cass. com., 24 juin 2008, cassation n° 07-13.431, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 4, note A. Martin-Serf.

Une application opportune aux dirigeants de fait ? *A priori* l'inclusion du dirigeant de fait comme responsable pour les fautes séparables de l'exercice de ses fonctions ne paraît pas opportune, justement car un tel dirigeant n'a pas de « fonction » à proprement parler. Mais, par la combinaison du droit commun avec la condamnation *in solidum*, l'extension de la notion de faute détachable au dirigeant de fait sera possible. Ainsi, l'application du mécanisme de l'obligation *in solidum* avec la responsabilité civile permet de rechercher celle des coauteurs d'un même dommage, car elle est la conséquence de leur faute respective. Ils doivent donc être condamnés *in solidum*, à la réparation de l'entier dommage, chacune de ces fautes ayant concouru à le causer tout entier[1]. S'appuyant sur ce raisonnement, la cour d'appel de Bordeaux a pu juger que les dirigeants de sociétés sont condamnés *in solidum* avec la société qu'ils dirigent, à réparer, sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil, pour leurs fautes personnelles détachables de leurs fonctions. En l'espèce, *«* une gérante de droit et un gérant de fait, ont tous deux commis une faute détachable qui consiste à avoir sciemment refusé de régulariser la situation délictuelle de la société qu'ils dirigeaient[2] ».
Donc, la responsabilité du dirigeant pour faute détachable concerne aussi bien le dirigeant de droit que celui de fait.

La théorie de la faute séparable justifiée par l'écran social. Aussi, avons nous écrit que la notion de la faute séparable semblait se justifier par la théorie de l'écran social. Il nous faut être plus impératif ici, car cette notion se justifie bien par cette théorie.
Quels sont alors les dirigeants concernés par une telle faute ? Ce sont ceux qui disposent d'une autonomie juridique. Dès lors que le gérant n'est que mandataire de ses associés, il répond personnellement de ses fautes. C'est la solution retenue par la haute juridiction en 2008, à propos du gérant s'une société en participation[3].

On distinguerait alors entre d'un côté les organes des personnes morales et de l'autre les mandataires, les premiers pouvant prétendre s'abriter derrière l'écran constitué par la personne morale pour laquelle ils agissent, non les seconds. « Les premiers ne seraient donc que rarement responsables des fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions car la

---

[1] Cass., civ. 4 décembre 1939, *D.* 1941, p. 124, note G. Holleaux.
[2] CA Bordeaux, 1re ch. civ. sect. A, 1er septembre 2008, n° 07/01702. V., déjà la solution ressortait en filigrane de l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 8 mars 1982, cassation n° 79-10.412, *Rev. sociétés* 1983, p. 573, note Y. Guyon.
[3] Cass., com. 6 mai 2008, cassation n° 07-12.251, *D.* 2008, p. 2113, note B. Dondero ; *Rev. sociétés* 2008, p. 618, note D. Poracchia ; *RTD civ.* 2008, p. 500 note P.-Y. Gauthier ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 171, note M.-L. Coquelet ; *BJS* 2008, p. 762, note P. Le Cannu ; *Banque et droit* mai-juin 2008, p. 52, note M. Storck ; *RJ com.* 2008, p. 362, note S. Jambort ; *RJDA* septembre 2008, p. 1063, note D. Gibirila.

personne morale attirerait sur elle la foudre de la responsabilité civile. Les seconds seraient quant à eux systématiquement responsables, par une interprétation stricte de leur mandat, qui ne permettrait pas de représenter le mandant pour l'accomplissement d'une faute ». En conséquence, le gérant d'une société en participation ne la représente pas à l'égard des tiers. À l'égard des associés, il en est que le mandataire et à ce titre, conformément à l'article 1992 du Code civil, il répond des fautes qu'il commet dans sa gestion. À l'égard des tiers, il engage également sa responsabilité pour les fautes commises dans l'exécution de son mandat ; mais sans qu'il soit nécessaire pour eux de prouver une faute séparable des fonctions, une faute délictuelle suffit.

Cette solution fut complétée par un arrêt du 4 février 2014[1]. L'attendu est explicite : « toute faute commise par le gérant d'une société en participation, laquelle est dépourvue de personnalité juridique, constitue une faute personnelle de nature à engager sa responsabilité à l'égard des tiers, peu important qu'elle soit ou non détachable de l'exercice du mandat qui a pu lui être donné par les autres associés ». En d'autres termes, pour les sociétés dépourvues de personnalité juridique, le caractère détachable ou non de la faute commise par la personne physique placée à sa tête, envers les tiers, est indifférent. Il répond de ses fautes comme n'importe quel mandataire. Là se trouve alors une limite au déclin de la responsabilité des dirigeants par l'effet de la faute séparable des fonctions.

Donc, l'action contre le dirigeant qui s'inscrit dans le cadre de la gestion d'une société dépourvue de personnalité juridique constitue une limite à l'application de la faute séparable.

La faute séparable de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Cette solution devrait *a priori* s'appliquer également à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée en raison de l'absence de personnalité morale. Or, cela crée une discrimination par rapport aux dirigeants de personne morale alors que la volonté de rechercher leur responsabilité dans les mêmes termes est présente pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif[2].

---

[1] Cass., com. 4 février 2014, rejet n° 13-13.386, *D.* 2014, p. 421 ; *LPA* 26 mars 2014, n° 61, p. 10, note F.-F. Barbièri.

[2] V., M. Douaoui-Chamseddine, « Les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif et en extension s'appliqueront-elles à l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée ? », *LAMY AFFAIRES*, novembre 2010, n° 54. L'auteure, proposa afin d'apprécier le caractère de la faute de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, d'abandonner l'expression « détachable des fonctions sociales » du dirigeant exercées au sein d'une personne morale, pour lui préférer celle de faute détachable de « l'activité professionnelle », à laquelle le patrimoine professionnel est affecté. Ainsi, « la faute serait détachable en quelque sorte *in rem*, par rapport au patrimoine professionnel et non *in personam* par rapport à la personne morale dans

Il nous faut envisager maintenant les critères matériels de la faute séparable des fonctions.

B : Les critères ratione materiae

Une précision de la faute séparable en trois temps. Trois étapes, marquées par trois arrêts, espacés de trois années, rendus par la Cour de cassation marquent une évolution des critères matériels de la faute séparable.
Dans un premier temps, « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales[1] ».

Puis, « la recevabilité d'une action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre d'un dirigeant d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions[2] ». Enfin, en 2009, la Cour cassa un arrêt de Cour d'appel qui n'a pas recherché si les décisions litigieuses « ne constituaient pas de la part de leurs auteurs, même agissant dans les limites de leurs attributions, des fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales[3] ».

Donc, si au départ figurait une conception organique, objective de la faute séparable, nous sommes entrés par l'arrêt de 2003 dans une conception subjective. Envisageons dans un

---

laquelle le dirigeant exploite ses fonctions, afin d'engager la responsabilité civile personnelle de l'EIRL sur son patrimoine privé ». Solution séduisante mais non applicable et selon l'aveu même de l'auteure, « seule une conception classique de la faute détachable, laquelle suppose en droit des sociétés l'existence d'une personne morale, devrait être retenue ».

[1] Cass., com. 20 mai 2003, rejet n° 99-17.092, précité.

[2] Cass., com. 7 mars 2006, rejet n° 04-16.536, *Rev. sociétés*, 2006, p. 644, note J.-F. Barbièri ; *D.* 2006, p. 857, note A. Lienhard ; *RTD com.* 2006, p. 431, note P. Le Cannu ; *Bull. Joly sociétés*, 1er juillet 2006, n° 7, p. 938, note F.-X. Lucas ; CA Aix-en-Provence, 8e ch., sect. B, 14 janvier 2011, n° 09/01764, précité.

[3] Cass., com. 10 février 2009, cassation n° 07-20.445, *D.* 2009, p. 559, note A. Lienhard et p. 1240, chron. M.-L Bélaval et R. Salomon ; *D.* 2010, p. 287, note J.-C Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *Rev. sociétés* 2009, p. 328, note J.-F. Barbièri ; *RTD civ.* 2009, p. 537, note P. Jourdain ; *Bull. Joly* 2009, p. 499, note S. Messaï-Bahri ; *JCP E* 2009, p. 1602, note B. Dondero.

premier temps la situation de cette faute (**1**) avant de revenir plus précisément sur ce mouvement de subjectivation (**2**).

1 : Le curseur de la faute séparable sur l'échelle de gravité des fautes

Situation de la faute séparable : une faute lourde. La faute séparable doit être d'une « particulière gravité ». Alors, si l'on devait la situer, une chose est certaine, elle n'est pas une faute simple ni une faute légère. Elle n'est pas non plus une faute grave dans la mesure où l'adjonction de l'adjectif « particulière » marque l'insuffisance de la simple gravité. Alors, que faut-il entendre par « particulière gravité » ? La doctrine est partagée. Selon certains, elle ne saurait être non plus une faute inexcusable ou une faute lourde puisque si tel avait été le cas, il aurait été fait référence, dès le départ, à ce type de faute[1]. M. Nicolas a donc proposé de créer une nouvelle catégorie de faute, sans en donner la teneur (mais cela n'était pas son propos). Pour d'autres, au rang desquels nous nous rangeons, au contraire, elle équivaut à une faute lourde[2]. Or, la faute lourde est susceptible de deux sens. Soit elle est entendue comme « la négligence d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude de son auteur à accomplir la mission dont il était chargé[3] » ; soit dans une acception plus large, elle est caractérisée « au regard de la gravité des conséquences issues de la violation délibérée d'une obligation essentielle[4] ». La jurisprudence semble retenir les deux acceptions, soit séparément[5], soit en les associant[6].

Parallèle avec l'obligation aux dettes sociales. Terminons ce point en évoquant l'obligation aux dettes sociales. Certes, cette responsabilité fut supprimée en 2008, car on considéra qu'elle faisait double emploi avec l'action en responsabilité pour insuffisance

---

[1] V., E. Nicolas, « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente – Mutation, disparition ou simple besoin de changement de désignation ? », *Rev. sociétés* 2013, p. 535.
[2] V., B. Dondero, « Définition de la faute séparable du dirigeant social », *D.* 2003, p. 2623 ; S. Wdowiak, « La faute détachable des fonctions, condition de l'action en responsabilité du tiers contre le dirigeant : entre certitudes et hésitations », *Gaz. Pal.* 6 avril 2013, n° 96, p. 8.
[3] Cass., civ. 2e 2 juillet 2015, cassation n° 14-18.268.
[4] S. Wdowiak, « La faute détachable des fonctions, condition de l'action en responsabilité du tiers contre le dirigeant : entre certitudes et hésitations », *Gaz. Pal.* 6 avril 2013, n° 96, p. 8. L'auteur cite à son propos, l'arrêt rendu par Cass., civ. 1re 2 décembre 1997, rejet n° 95-21.907.
[5] Au sens étroit : Cass., com. 20 mai 2003, rejet n° 99-17.092, précité. Au sens large : Cass., civ. 1re 16 novembre 2004, rejet n° 02-21.615.
[6] Cass., com. 18 mai 2010, rejet n° 09-66.172, *Rev. sociétés* 2010, p. 303, note A. Lienhard.

d'actif[1]. Mais si tel était effectivement le cas, la loi de sauvegarde qui l'institua, créa un semblant d'application pratique de la faute séparable des fonctions dans la mesure où l'obligation aux dettes sociales était une action en responsabilité pour faute « particulièrement grave[2] » commise en dehors de l'exercice des fonctions. L'ancien article L. 652-1 du Code de commerce, où siégeait l'obligation aux dettes sociales, énumérait cinq fautes. Or, ces fautes « sont d'une particulière gravité et étrangère à la gestion d'une entreprise. Une telle caractéristique ne manque pas de rappeler les fautes séparables des fonctions[3] ». Donc, le double emploi avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et la confusion avec la faute séparable et son critère de particulière gravité ont sans doute sonné le glas de l'obligations aux dettes sociales.

La mise en avant de ce critère de la faute séparable, équipollent à la faute lourde, traduit sa subjectivation.

2 : La subjectivation de la faute séparable

Le revirement de la conception. D'un côté nous assistons à une objectivation de la faute de gestion, par son élément intrinsèque d'aggravation et de l'autre à la subjectivation de la faute séparable. En effet, dès 2003[4], la Haute juridiction définissait la faute séparable comme une faute intentionnelle, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. Exit la conception organique, désormais ses critères d'appréciation se subjectivisent.

Ses éléments constitutifs tiennent donc à la particulière gravité de la faute, à sa commission intentionnelle et son incompatibilité avec l'exercice normal des fonctions sociales.

---

[1] V., Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JORF n° 0295 du 19 décembre 2008, p. 19457, texte n° 28.
[2] J.-J. Hyest, Rapport « sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence, de sauvegarde des entreprises », n° 335. Ce dernier mentionne, p. 456 : « la faculté pour le tribunal de condamner l'un des dirigeants, de droit ou de fait, ayant commis une faute particulièrement grave au paiement de la totalité des dettes d'une personne morale ».
[3] D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 704, p. 323.
[4] Cass., com. 20 mai 2003, rejet n° 99-17.092, précité.

L'assise de la conception subjective : l'anormalité. L'arrêt du 10 février 2009[1] en est le point d'orgue, puisque désormais l'appréciation d'une faute séparable est indifférente du cadre des fonctions sociales. Or, *a priori* une faute commise dans le cadre des fonctions sociales n'est pas une faute séparable. Mais, la faute séparable n'est pas une faute extérieure à la procédure collective, ses éléments constitutifs peuvent seulement être détachés de la politique juridique de la procédure collective car l'objet est la réparation d'un préjudice personnel.

Le caractère détachable ou non de la faute est selon nous une fiction, peu important que le dirigeant agisse dans les limites de ses attributions.

En effet, parce qu'elle est incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales, on suppose que le dirigeant n'a pas pu la commettre dans ce cadre. C'est donc l'incompatibilité de la faute qui permet de la détacher du cadre. Or, pourquoi est-elle incompatible ? Parce qu'elle revêt une particulière gravité et qu'elle est commise de manière intentionnelle. Par conséquent, la poursuite par le dirigeant d'un intérêt personnel, bien que susceptible de constituer une faute aggravée de gestion peut constituer aussi une faute séparable dès lors que l'action fautive est intentionnelle[2].

Donc, la particulière gravité et l'intention dans la commission, ce qui caractérise l'incompatibilité, révèlent l'anormalité de l'exercice des fonctions sociales. Or, L'anormalité « n'appartient » pas à la procédure collective, elle lui est extrinsèque, sinon d'une part on ne la distinguerait pas de la faute aggravée de gestion, et d'autre part, puisque son objet est la réparation d'un préjudice personnel. Donc, ce qui fait l'anormalité de la faute c'est son effet étranger à l'intérêt de la société, à savoir un préjudice personnel.

Il paraît donc opportun d'abandonner la dénomination de faute séparable et de lui préférer, comme M. Nicolas le préconise, celle de « faute particulièrement anormale »[3].

Nous avons alors une faute aggravée intrinsèque à la procédure collective et une faute anormale extrinsèque.

---

[1] Cass., com. 10 février 2009, cassation n° 07-20.445, précité.

[2] Cass., com. 10 novembre 2015, rejet n° 14-18.179, *Rev. sociétés* 2016, p. 219, note B. Lecourt ; *Dr. sociétés*, 2016, n° 5, comm.78, note M. Roussille.

[3] E. Nicolas, « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente – Mutation, disparition ou simple besoin de changement de désignation ? », *Rev. sociétés* 2013, p. 535.

En outre, un arrêt rendu le 28 septembre 2010 confirme ce mouvement de subjectivation[1]. En effet, la chambre commerciale donne clairement priorité aux critères relatifs à la gravité et à l'intention de la faute sur les critères organiques. Dans son chapeau, elle retient que « le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice », tel est le cas dès lors que le gérant a « sciemment accepter d'ouvrir le chantier ». Cette solution, qui ne concerne évidemment pas que le gérant de SARL[2], tend donc, au delà du fait d'établir un lien entre infraction pénale intentionnelle et faute séparable[3], à confirmer, au moins implicitement, « la prévalence des critères subjectifs sur ceux objectifs et organiques de définition de la notion de faute séparable[4] ». Cet arrêt confirme l'importance du critère de l'intention pour que soit retenue une faute séparable, contrairement à la faute aggravée de gestion, lorsque le dirigeant aura commis une erreur ou une imprudence. Ce critère, susceptible de gradation[5], peut résider « tant dans l'intention de causer un dommage par son comportement que dans l'intention de commettre une faute ou dans l'élément intentionnel de l'infraction pénale, ainsi que le confirme l'arrêt commenté[6] ».

Les caractères de la faute évoluent, de même que ceux du préjudice et du lien de causalité.

---

[1] Cass., com. 28 septembre 2010, cassation n° 09-66.255, *D.* 2010, p. 2617, note R. Salomon ; *RTD civ.* 2010, p. 785, note P. Jourdain ; *Rev. sociétés* 2011, p. 97, note B. Dondero ; *RDI* 2010, p. 565, note D. Noguéro ; *D.* 2011, p. 2758, note E. Lamazerolles ; *JCP G* 29 novembre 2010, n° 48, p. 2224, note C. Benoît-Renaudin.

[2] V., B. Dondero, « L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociales », *Rev. sociétés* 2011, p. 97. Note sous Cass., com. 28 septembre 2010, cassation n° 09-66.255, précité.

[3] La chambre criminelle n'a jamais, à notre connaissance, exigée une faute séparable lorsque la responsabilité civile du gérant était recherchée pour une infraction pénale. V., Cass., crim. 26 janvier 2010, rejet n° 09-81.864

[4] E. Nicolas, « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente – Mutation, disparition ou simple besoin de changement de désignation ? », *Rev. sociétés* 2013, p. 535.

[5] V., S. Wdowiak, « La faute détachable des fonctions, condition de l'action en responsabilité du tiers contre le dirigeant : entre certitudes et hésitations », *Gaz. Pal.* 6 avril 2013, n° 96, p. 8.

[6] B. Dondero, « L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociales », *Rev. sociétés* 2011, p. 97. Note sous Cass., com. 28 septembre 2010, cassation n° 09-66.255, précité.

Section 2 : Les nouveaux caractères des préjudices et liens causals de la procédure collective

L'incidence du droit des procédures collectives porte aussi sur les conditions variables de la responsabilité civile que sont le préjudice et le lien de causalité.
Pour le lien de causalité, les actions en responsabilité du droit des procédures collectives, issues ou non du Code de commerce, ne sont pas fondées sur le droit commun. Quel incidence cela a-t-il sur le lien de causalité ? (**Paragraphe 2**).
De même, pour le préjudice, la politique juridique de la procédure collective, modifie l'appréhension que l'on peut avoir *a priori* du dommage et du préjudice. Pour prouver cette modification, nous prendrons l'exemple de la cessation des paiements et de l'insuffisance d'actif (**Paragraphe 1**).

Paragraphe 1 : Les préjudices inhérents à la procédure collective

Le fondement de la politique juridique de la procédure collective étant l'intérêt, sa lésion sera constitutive d'un préjudice dont lui seul pourra être réparé (**A**). Cela nous amènera à envisager deux types de préjudices correspondants à deux actions de la procédure collective, la cessation des paiements et l'insuffisance d'actif (**B**).

A : La qualification nécessaire de préjudice

Nous avons employé volontairement le terme de préjudice à propos de la lésion des intérêts, non celui de dommage, car nous pensons qu'il faut les distinguer en droit des procédures collectives (**1**). Cette distinction apportera au préjudice de nouveaux caractères (**2**).

1 : La nécessaire distinction entre le dommage et le préjudice en droit des procédures collectives

Dommage et préjudice, des termes *a priori* synonymes. Il est d'usage en droit interne de tenir pour synonyme le dommage et le préjudice[1]. D'ailleurs, le Code civil n'emploie, en matière de responsabilité délictuelle, que le mot dommage sans toutefois le

[1] V., G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 246-1, p. 3. Particulièrement les références citées en note.

définir (ni *a fortiori* le préjudice)[1]. D'où l'intervention de la doctrine pour qui le dommage, comme le préjudice, désigne « toute lésion d'un intérêt d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial subie par une personne, et pouvant consister en une perte ou en un gain manqué[2] », ou encore l' « atteinte subie par une personne dans son corps, dans son patrimoine ou dans ses droits extrapatrimoniaux, qui ouvre à la victime un droit à réparation (…)[3] ».

Une étymologie et une définition différente. À l'origine, les termes de dommage et de préjudice ne recouvraient pas le même sens. Ainsi, selon M. Rodière, « le mot *damnum* n'éveille aucune idée de droit. C'est la perte par opposition au gain, le *lucrum*. Les deux vocables sont dépourvus de toute signification juridique (…) Il en est autrement du mot *praejudicium* formé sur *jus*, mais il est notable que les jurisconsultes ne l'utilisent pas dans le sens de dommage[4] ».

À ce propos, il y a un débat aujourd'hui sur le fait de savoir s'il faut distinguer le dommage du préjudice. Pour certains auteurs les deux termes s'emploient indifféremment[5], pour d'autres en revanche la distinction « permettrait de reconsidérer différemment la distinction classiquement faite entre la réparation en nature et la réparation par équivalent[6] ».

---

[1] L'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dans le rapport au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, définissait à l'article 1343 le préjudice réparable. Selon ce dernier « est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif ». La proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010 a repris, à un terme près, cette définition puisque son article 1384 disposait qu' « est réparable le préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif ». Le groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » sous la direction de F. Terré prévoyait de définir le dommage en son article 8 comme « toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit », v., F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit*. L'avant projet de loi portant réforme de la responsabilité civile prévoirait à l'article 1235 qu' « est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif ». Et, s'agissant particulièrement du fait des produits défectueux, la nouvelle formulation de l'article 1290 consacre la distinction entre dommage et préjudice.

[2] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 175, p. 117.

[3] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v. Dommage. Ici, dommage et préjudice possède la même définition.

[4] R. Rodière, *JCP* 1953, II, 7592, note sous Cass., civ. 1re 21 octobre 1952, cassation.

[5] G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 246-1, p. 4. Selon l'auteure, si la distinction correspond à une réalité incontestable, l'intérêt de la distinction est difficile à percevoir.

[6] Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, *op. cit.,* n° 1309, p. 571.

Alors, le dommage « serait l'atteinte portée à l'intégrité d'une personne ou d'une chose », quant au préjudice, il « consisterait dans les conséquences patrimoniales ou extrapatrimoniales de cette atteinte[1] ».
Cette distinction va dans le sens du droit prospectif de la responsabilité civile puisque l'avant projet de loi sur la responsabilité civile, pour l'instant, distingue la cause, le dommage de la conséquence, le préjudice. En effet, le futur article 1235 du Code civil disposerait qu'« est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif[2] ».

Dépendance de l'intérêt lésé de la recherche du préjudice. Schématiquement, deux conceptions guident la distinction entre le dommage et le préjudice[3]. Selon la première, le dommage est caractérisé par une atteinte objective à l'intégrité d'une chose, d'une personne et le préjudice en est la répercussion subjective à l'égard de la victime. La seconde conception voit dans le dommage un simple fait, une atteinte matérielle qui se distingue de l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé que constitue le préjudice. Donc, relativement à cette seconde conception, classiquement, l'intérêt aura une consistance juridique à l'occasion d'un litige. Or, notre étude a révélé que l'intérêt était le fondement de la politique juridique de la procédure collective, et que sa réparation avait pour fondement l'atteinte à un intérêt. L'intérêt orienterait donc l'application du droit de la responsabilité civile, puisque la lésion d'un intérêt collectif amènerait à ce que soit réparer un préjudice collectif et la poursuite d'un intérêt personnel aboutirait à la réparation d'un préjudice personnel. Or, la poursuite par un dirigeant d'un intérêt personnel n'en fait pas nécessairement une faute particulièrement anormale. Tel sera le cas si la preuve est rapportée d'une action intentionnelle fautive.
Finalement, pour connaître le type d'intérêt lésé, il faut caractériser la recherche volontaire du préjudice.

Intégration nécessaire de la distinction en droit des procédures collectives. Si la confusion entre dommage et préjudice est courante aujourd'hui, nous pensons qu'il est nécessaire de l'introduire en droit des procédures collectives, où les auteurs emploient les deux termes indifféremment notamment à propos de l'insuffisance d'actif.

---

[1] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 175, p. 118.
[2] Avant projet de loi, Réforme de la responsabilité civile.
[3] V., S. Rouxel, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, Thèse, p. 9 et s.

Ainsi sans prétendre à l'exhaustivité nous avons pu relever à propos du préjudice : « l'intervention du législateur en 1985 en la matière a consisté à subordonner l'application du texte (…) à la preuve d'une relation de causalité avec le préjudice constitué par l'insuffisance d'actif[1] », « le préjudice subi par les créanciers résulte d'une insuffisance d'actif[2] », « le préjudice permettant l'ouverture de l'action en comblement de passif est constitué par l'insuffisance d'actif[3] », « l'élément le plus simple est apparemment le préjudice. Celui-ci est représenté par l'insuffisance d'actif[4] », « le tribunal saisi doit d'abord constater chez la personne morale une insuffisance d'actif, qui est en quelque sorte le préjudice maximum réparable[5] ». À propos du dommage : « dans le droit des procédures collectives, le dommage consiste dans l'insuffisance d'actif[6] », « elle (l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif) a pour objet la réparation du dommage subi par les créanciers, qui résulte de « l'insuffisance d'actif »[7] ».

La distinction permettra de donner cohérence et pertinence à la matière.

En effet, la responsabilité civile assure le maintien de l'équilibre des intérêts, entre ceux d'un élément de la procédure collective et ceux qu'aurait cet élément s'il était placé dans une situation différente. D'où deux types d'intérêts, réel et virtuel.

Le simple fait de l'ouverture d'une procédure collective entraîne pour les personnalités (physique et morale) qui la subissent, un dommage (matériel et moral) puisque l'important maintenant ce n'est pas tant de récupérer de l'argent, l'important est de ne pas en perdre ; ce qui oblige les créanciers à se soumettre à une discipline collective leur faisant « perdre », *a priori*, leur individualité.

Le préjudice qui en résulte est économique, il est justifié et ne sera source de réparation que s'il s'accompagne d'une faute. Or, s'agissant par exemple de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, l'intérêt réel est celui visant à compenser cette insuffisance d'actif, intérêt qui est supplanté par l'intérêt virtuel, celui du dirigeant ayant aggravé la situation et contribué à cette insuffisance d'actif.

---

[1] F. Derrida, « Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 (action en comblement d'insuffisance d'actif social) », *D.* 2001, n° 17, p. 1377 et *LPA* 9 juillet 2001, n° 135, p. 6.
[2] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1412, p. 889.
[3] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 922-31, p. 2633.
[4] M. Germain, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », *in 1807-2007 le Code de commerce-Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 250.
[5] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1122, p. 655.
[6] F. Pollaud-Dullan, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 349.
[7] A. Lienhard, *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 132-17, p. 547.

L'intérêt réel est donc présent dès l'ouverture de la procédure collective, mais il ne nécessite pas l'intervention de la responsabilité civile puisqu'aucune faute n'a été commise. Il n'aura une consistance juridique que si l'intérêt virtuel est démontré. Ainsi, le simple fait, constitué par l'insuffisance d'actif s'apparente à un dommage justifié, qui ne devient un préjudice réparable que s'il y a atteinte à l'équilibre entre l'intérêt réel et virtuel, donc s'il s'accompagne d'une faute.

En résumé, pour l'insuffisance d'actif qui résulte d'une faute aggravée de gestion, elle apparaît comme la lésion subie par la personne morale en liquidation judiciaire, constituée par la différence entre le montant du passif admis et le montant de l'actif. En bref, elle caractérise le dommage subi par la société du fait de la liquidation judiciaire. Si une faute vient contribuer à cette insuffisance d'actif, elle rompt alors l'équilibre et porte atteinte aux intérêts des créanciers. Donc, la faute transforme en quelque sorte le dommage en préjudice, et les répercussions pécuniaires de cette atteinte aux intérêts collectifs des créanciers, se réalisent sur le patrimoine du dirigeant. Par la suite, la décision du juge sur le *quantum* de la réparation fait du montant de l'insuffisance d'actif une réparation par équivalent, c'est à dire une compensation manifestant la fonction protectrice de la responsabilité civile[1].

Ainsi, l'insuffisance d'actif en tant que dommage préexiste à la faute, qui le révèle comme préjudice.

Quels sont les caractères que doit revêtir ce préjudice ?

2 : Les caractères du préjudice

Les caractères communs. Le droit commun de la responsabilité civile attribue communément au préjudice quatre caractères : actuel, direct, certain et personnel. Si certains sont discutés en droit commun, s'agissant du préjudice constitué par l'insuffisance d'actif, non seulement il les possède, mais de sa spécificité s'en dégage de nouveaux.

[1] V., Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, *op. cit.,* n° 1309, p. 571. Selon l'auteur, la réparation par équivalent « n'est pas à proprement parler une réparation ; ce n'est qu'une solution par défaut, une compensation qui apaise les plaies sans effacer les mal ou qui, parfois même, à défaut d'équivalence, procure à la victime une simple satisfaction morale par où la responsabilité civile manifeste sa fonction normative, ou disciplinaire, sinon punitive ».

Au titre des caractères discutés du préjudice[1], premièrement, le caractère actuel est en partie erroné car il est admis de longue date, dès lors qu'il constitue la prolongation certaine d'un état de chose actuel, la réparation du préjudice futur[2]. L'insuffisance d'actif répond à ce caractère car l'action est recevable même si les opérations de réalisation de l'actif et de vérification du passif ne sont pas terminées, dès lors « qu'à la date de son arrêt, l'insuffisance d'actif était certaine à concurrence au moins du montant de la condamnation prononcée[3] ».

Secondement, le caractère direct prête à confusion pour deux raisons. D'abord, est réparable non seulement le préjudice subi par la victime immédiate, mais aussi celui subi par la victime par ricochet[4]. En outre, ce caractère implique un lien de causalité direct entre le fait qui a conduit au dommage et le dommage lui-même[5]. S'agissant de l'insuffisance d'actif, si elle peut avoir pour origine une pluralité de cause, ces causes doivent toutes être légalement justifiées[6].

Pour les caractères essentiels du préjudice, le caractère certain implique que la réalisation du préjudice ne soit pas hypothétique. Or, la frontière entre le préjudice certain réparable et celui éventuel, non réparable, rétrécit à la lumière de la possibilité de réparer « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable[7] », c'est à dire la perte de chance. Cette dernière « constitue l'une des nombreuses illustrations de l'intégration du hasard dans le champ juridique[8] », et marque la bienveillance du juge pour la victime. La chance, qui appartient au non-droit[9] est par nature aléatoire, et c'est cet aléa qui constitue le fondement de la perte de chance. Toutefois, il faut que la situation de chance soit « antérieure à la faute et qu'elle n'ait pas disparu alors que la faute est commise[10] ». Là encore, le préjudice constitué

---

[1] L'avant projet de loi sur la réforme de la responsabilité civile ne contient aucune mention quant aux caractères actuel et direct du préjudice.

[2] Cass., req. 1er juin 1932, *D.* 1932, I, p. 102, note Pilon et recueil Sirey, 1933, I, p. 43, note H. Mazeaud. L'avant projet de loi reprend cette jurisprudence à l'article 1236 : « Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel ».

[3] Cass., com. 31 mai 2011, rejet n° 09-67.661, précité.

[4] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 224 et s., p. 149 et s.

[5] L. Aynès, *et. al., op. cit.,* n° 241, p. 146.

[6] Cass., com. 10 janvier 2012, cassation n° 10-28.067, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 6, comm. 211, note A. Martin-Serf.

[7] V., Cass., com. 24 novembre 2015, cassation n° 13-25.115 (à propos du détournement de clientèle). Jurisprudence reprise à l'article 1238, alinéa 1, de l'avant projet de loi de réforme de la responsabilité civile.

[8] C. Ruellan, « La perte de chance en droit privé », *RRJDP* 1993-3, p. 730.

[9] V., J. Carbonnier, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10e éd., pp. 25 et 26. Le non-droit, dans une première acception donnée par Carbonnier, « est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent ».

[10] C. Ruellan, « La perte de chance en droit privé », *RRJDP* 1993-3, p. 732.

par l'insuffisance d'actif répond à ce caractère puisqu'elle doit être certaine, « son existence et son montant devant être appréciés par le juge au jour où il statue[1] ».

Le préjudice consiste enfin dans la lésion des intérêts d'une personne. Or, ce caractère personnel apparaît dans l'intérêt à agir du demandeur. Pourtant, au plan procédural, celui-ci nous « enseigne à rebours qu'une personne peut être autorisée à agir pour la défense d'intérêts qui ne sont pas les siens propres[2] ». Ainsi, les contrôleurs[3], le commissaire à l'exécution du plan[4], peuvent agir dans l'intérêt collectif des créanciers pour réparer le préjudice subi par la collectivité des créanciers. Force est donc de constater la reconnaissance d'un préjudice collectif et *a fortiori* un préjudice personnel. Le premier étant le résultat d'une faute aggravée de gestion, le second d'une faute anormale. Alors, l'intérêt, qu'il soit collectif ou personnel, oriente l'application du droit de la responsabilité civile. D'un côté la lésion d'un intérêt personnel a pour conséquence la réparation d'un préjudice lui aussi personnel ; de l'autre, la lésion d'un intérêt collectif entraîne la réparation d'un préjudice collectif.

Donc, le droit de la responsabilité civile aura à connaître de la lésion de deux types d'intérêts, collectif et personnel, et sa finalité sera de permettre un retour à l'équilibre si l'intérêt virtuel vient écarter l'intérêt réel.

La question du préjudice subi par répercussion par un créancier. Si le préjudice collectif « suppose qu'ait été lésé l'intérêt d'une collectivité d'individus envisagée elle-même, et indépendamment des intérêts de chacun des membres de ladite collectivité[5] », qu'en est-il du préjudice réfléchi, subi par répercussion par une personne, du fait du dommage causé à une autre[6] ? La réponse est limpide, il ne constitue pas un préjudice collectif car il ne contrevient pas au caractère personnel. En effet, comme le souligne M. Brun, « il faut se garder de croire en particulier qu'en prenant en compte l'intérêt lésé par répercussion, on déroge au caractère personnel du préjudice ; c'est de toute évidence son intérêt propre qu'invoque la victime par ricochet[7] ».

Puisque la victime par ricochet invoque son intérêt personnel, le préjudice qu'elle subit est lui aussi personnel, de sorte que se pose la question suivante : un créancier peut-il invoquer un

---

[1] Cass., com. 7 juin 2005, rejet n° 04-13.262, précité.
[2] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 198, p. 132.
[3] Article L. 651-3 du Code de commerce.
[4] Article L. 626-25 du Code de commerce.
[5] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 199, p. 133.
[6] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 224, p. 149.
[7] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 224, p. 149.

préjudice subit par répercussion du fait du préjudice personnel subit par un premier créancier ?

La victime initiale doit invoquer un préjudice personnel et faire la preuve d'une faute particulièrement anormale. Quant à la victime par ricochet, son préjudice étant autonome par rapport au dommage initial[1], elle agit en réparation de son dommage personnel et doit donc apporter la preuve du dommage qu'elle subit par ricochet. Néanmoins, elle n'aurait pas à apporter la preuve d'une faute particulièrement anormale, puisque déjà prouvée par le créancier initial, de sorte que le créancier médiat ne serait pas soumis aux règles rigoureuses qui gouvernent l'action personnelle en droit des procédures collectives.

Or, si l'intérêt lésé par le créancier initial n'est pas celui reflété dans la personne d'un autre créancier peut-on aboutir à une chaîne de préjudices personnels réfléchis ?

La consécration d'une telle idée, en l'état actuel du droit positif, paraît compromise. En effet, la jurisprudence refuse de prendre en considération le dommage par ricochet subi par un créancier[2] et ce, malgré l'absence d'exigence d'un lien de droit entre les deux victimes[3]. La raison tient dans le caractère « insuffisamment direct » du préjudice pour ouvrir le droit à réparation. Force est donc de constater aujourd'hui que « manifestement soucieuse de ne pas voir s'élargir à l'excès le cercle des personnes indemnisables, la Cour de cassation répugne à y inclure des tiers autres que les proches de la victime[4] ».

Pourtant, la procédure collective crée une discipline collective à laquelle sont soumis les créanciers et puisque la responsabilité civile est un outil de la politique juridique de la procédure collective nous peinons à croire que le préjudice que subit un créancier ne soit pas direct par rapport à celui d'un autre, dans la mesure où la faute particulièrement grave du dirigeant qui cause un préjudice personnel à un créancier se répercute dans la personne d'un autre ne serait-ce que parce qu'elle implique une réparation et donc un appauvrissement du débiteur au bénéfice du créancier initial et donc au détriment du créancier médiat. C'est donc la discipline collective créée par l'ouverture de la procédure collective qui resserre les liens entre les créanciers de sorte que le préjudice subit par l'un devrait se répercuter, de manière suffisamment directe sur un autre.

---

[1] G. Viney, « L'autonomie du droit à réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale », *D.* 1974, chron., p. 3 et G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 322 et s., p. 226 et s.

[2] Cass., civ. 2e 21 février 1979, rejet n° 77-13.951, *JCP* 1979, IV, p. 145 ; *D.* 1979, p. 344, *RTD civ.* 1979, p. 612, n° 2, note G. Durry.

[3] Cass., mixte, 27 février 1970, cassation n° 68-10.276, *D.* 1970, p. 201, note R. Combaldieu ; *JCP G* 1970, II, p. 16305, note P. Parlange ; *RTD civ.* 1970, p. 353, note G. Durry.

[4] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 226, p. 150.

Si l'on admettait la possibilité pour le créancier de la procédure collective d'invoquer un préjudice par ricochet, celle-ci aboutirait-elle à une meilleure indemnisation que celle découlant de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ?

Le montant demandé par le créancier initial obéit au droit commun de la responsabilité civile donc à la réparation intégrale. De sorte que l'évaluation du montant de la réparation est fonction du dommage dont la réparation est demandée. Or, s'« il n'y a aucune commune mesure entre le préjudice infligé à la victime immédiate (…) et celui que subiront personnellement ses proches[1] », le créancier médiat serait toujours mieux loti que ceux de la collectivité soumis au pouvoir discrétionnaire d'appréciation du juge quant à la réparation de l'insuffisance d'actif. On aboutirait alors à la situation paradoxale où il serait plus avantageux pour le créancier d'invoquer un préjudice réfléchi que de se soumettre à la volonté du liquidateur, du ministère public ou des contrôleurs, et finalement de douter de la pérennité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Alors, certes le préjudice personnel doit aussi être distinct de celui subi par les autres créanciers, mais le préjudice par ricochet n'est pas lié au préjudice immédiat, il n'en est pas le simple reflet. Les deux dommages sont indépendants[2].

Le seul obstacle selon nous interviendrait en amont, avec la preuve délicate d'une faute séparable[3].

Les caractères spécifiques du préjudice en droit des procédures collectives. De ces caractères, qu'ils soient discutés ou non, on en déduit une typologie spécifique au préjudice en droit des procédures collectives.

Celle-ci renvoie au dualisme entre l'individuel et le collectif. D'un côté le préjudice personnel et distinct, qui permet au créancier d'agir dans les conditions de droit commun, mais qui n'empêche pas selon nous la prise en compte d'un préjudice réfléchi. La difficulté sera alors de déterminer ce préjudice personnel, qui est davantage qu'un préjudice propre.

De l'autre le préjudice collectif et holiste, pour lequel est « lésé l'intérêt d'une collectivité d'individus envisagée en elle-même, et indépendamment des intérêts des membres de ladite collectivité[4] ».

---

[1] G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 324, p. 228.

[2] Cette indépendance, cette autonomie est qualifiée de relative dans la mesure où la faute de la victime directe est opposable à la victime par ricochet. V., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 227, p. 151.

[3] L'exigence d'une faute séparable, rappelons-le, n'est pas requise pour l'associé.

[4] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 199, p. 133.

L'ouverture d'une procédure est constitutive d'un dommage. Dès lors qu'une faute sera commise, elle induira nécessairement une modification de sa qualité. Le dommage deviendra préjudice. La solution vaut pour l'insuffisance d'actif et pour la cessation des paiements.

B : Le nouveau régime des préjudices

Ces préjudices sont doubles, issus de l'action en responsabilité pour faute ayant contribué à la cessation des paiements et de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Nous nous attacherons à déterminer leur nature (**1**) puis leur étendue (**2**).

1 : Cessation des paiements et insuffisance d'actif : des préjudices a priori non réparables

Voyons successivement la situation de la cessation des paiements (**a**) puis celle de l'insuffisance d'actif (**b**).

a : La cessation des paiements

Définition de la cessation des paiements. La cessation des paiements[1] est un état, un fait juridique et comptable[2], une notion fonctionnelle[3], pour le débiteur en redressement ou liquidation judiciaire qui est dans « l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible[4] ». Cette impossibilité traduit l'idée que le débiteur ne peut pas régler une dette à court terme[5], sauf à entrer dans un procédé exceptionnel. Or, pour y entrer, il est nécessaire de comparer deux valeurs, le passif exigible et l'actif disponible. Le passif exigible correspond à « l'ensemble des dettes échues au jour où l'appréciation est portée[6] », de sorte

[1] Il n'existe pas de définition unique de la cessation des paiements. Par exemple, pour les établissements de crédit, selon l'article L. 613-26 du Code monétaire et financier : « par dérogation aux dispositions de l'article L. 631-1 du code de commerce, sont en état de cessation des paiements les établissements de crédit ou les sociétés de financement qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché ».
[2] V., C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 426, p. 243.
[3] V., V. Martineau-Bourgninaud, « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002, p. 245.
[4] Article L. 631-1 du Code de commerce.
[5] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 221.11, p. 373.
[6] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 221.12, p. 375.

qu'elles doivent être certaines[1]. L'actif disponible, « s'entend de l'actif immédiatement utilisable, mobilisable, c'est à dire de l'ensemble des sommes en caisse, des effets de commerce à vue, du solde créditeur des comptes bancaires[2] ».

La cessation des paiements possède intrinsèquement un certain caractère de gravité, ce qui la conduit à la différencier du déficit, situation d'appauvrissement de l'entreprise, de déséquilibre entraînant une diminution des fonds propres du débiteur mais ne conduisant pas à la cessation des paiements[3]. Mais de gravité relative, puisqu'elle se distingue encore de la situation irrémédiablement compromise[4].

La cessation des paiements correspond aussi à une « impossibilité », ce qui implique, au delà du fait qu'elle doit être justifiée et prouvée, qu'elle porte en elle le caractère d'une situation de non retour, dont les difficultés ne peuvent pas se résoudre spontanément. En outre, le dirigeant ne peut pas y « faire face », seul. Il doit non seulement se faire accompagner, être plus ou moins dessaisi de l'exercice des fonctions, mais aussi se faire aider matériellement. Or, « Impossibilité » et « faire face » sont deux termes éloquents et redoutables pour le dirigeant, que le droit ne connaît que pour certaines situations très spécifiques : à propos du surendettement des particuliers[5], de l'imposition de la cession d'habitations individuelles à loyer modéré[6], ou de l'exclusion de clauses susceptibles d'entraîner, pour une entreprise, l'état de cessation des paiements car contraire aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur à Mayotte[7].

En outre, la cessation des paiements est une condition d'accès aux procédures de traitement des difficultés et une condition de fond pour exercer l'action en responsabilité de l'article L. 631-10-1 du Code de commerce.

Or, l'ouverture d'une procédure collective, par la diminution voire la perte de pouvoirs du dirigeant, par la discipline à laquelle sont soumis les créanciers, par l'aléa qui gouverne le recouvrement de leur créance est dommageable pour les débiteurs et créanciers. Donc, que l'état de cessation des paiements possède intrinsèquement une nature dommageable.

La cessation des paiements : un dommage non réparable. L'état de cessation des paiements lèse les intérêts individuels des créanciers. Or, le fait de se déclarer dans cet état,

---

[1] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 352, p. 175.
[2] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 427, p. 244
[3] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 360, p. 178.
[4] V., *supra* « La rupture pour situation irrémédiablement compromise ».
[5] V., article L. 711-1 du Code de la consommation.
[6] V., article 716 du Code général des impôts.
[7] V., article R. 136-3 du Code du travail applicable à Mayotte.

induit l'ouverture d'une procédure collective ce qui provoque une globalisation des intérêts qui, d'origine individuels deviennent collectifs.

En outre, la cessation des paiements est « le curseur qui marque la frontière entre la période d'anticipation et le traitement de l'entreprise en difficulté[1] », de sorte que l'efficacité juridique du droit des procédures collectives sera dépendante de sa caractérisation. Ainsi, la responsabilité civile, qui protège cette efficacité juridique ne jouera son rôle que si une faute a contribué à la cessation des paiements. Elle le jouera par un retour à l'équilibre. D'où cette idée selon laquelle la cessation des paiements est un dommage en sommeil, un fait dommageable indépendant de toute faute, qui ne se révèle préjudice réparable que si une faute y a contribué.

b : L'insuffisance d'actif

Définition de l'insuffisance d'actif. L'insuffisance d'actif, qui suppose une pénurie[2], ne correspond pas à l'état de cessation des paiements[3]. En effet, celui-ci caractérise une impossibilité de faire face au passif avec son actif, c'est donc l'absence de trésorerie qui le caractérise, « une simple insuffisance d'actif ne saurait l'établir[4] ». De plus, si l'action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements, peut faire penser à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, elles diffèrent « sensiblement » l'une de l'autre[5]. *A priori* donc l'insuffisance d'actif paraît moins grave que la cessation des paiements. Dans le même ordre d'idée, l'échec du plan de continuation ayant conduit à la liquidation judiciaire ne permet pas au liquidateur de se prévaloir des fautes de gestion antérieures au redressement. Le cas échéant, l'action ne tend pas au paiement de l'insuffisance d'actif, mais à celui de « l'augmentation du passif »[6]. En conséquence, seule l'insuffisance d'actif, qui expose le dirigeant à la sanction, est une condition de recevabilité de l'action en

---

[1] D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 92, p. 50 et *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 182, p. 72.

[2] V., M. Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des* créanciers, BDE, Litec, tome 59, n° 662, p. 716.

[3] V., M. Ferrari, *La responsabilité civile du chef d'entreprise en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens*, Thèse soutenue à la Faculté de droit et des sciences économique de Paris, p. 254. V., pour une application pratique : Cass., com. 5 avril 2016, cassation n° 14-13.843, *Dr. sociétés* 2016, n° 8 et 9, comm.150, note J.-P. Legros.

[4] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 429, p. 248.

[5] Ph. Roussel Galle, « La loi Petroplus : quelques réflexions…avec un peu de recul », *Rev. proc. coll.* Mai 2012, n° 3, étude 16.

[6] Cass., com. 12 janvier 2016, cassation n° 14-23.359.

responsabilité de l'article L. 651-2 du Code de commerce[1]. Elle s'apprécie au jour où le juge statue, de sorte que l'argument selon lequel « il appartient au juge de délimiter précisément le montant de l'insuffisance d'actif née dans l'intervalle situé quarante cinq jours après la date de cessation des paiements et celle de la déclaration de cette cessation des paiements » n'est pas recevable[2]. Ce qui la différencie davantage de la cessation des paiements, et accentue encore son indépendance.

S'établissant « à la différence entre le montant du passif admis et le montant de l'actif de la personne morale débitrice[3] », l'insuffisance d'actif doit, comme la cessation des paiements, être certaine.

Le législateur en 2005 a renommé l'action en comblement de l'insuffisance d'actif en responsabilité pour insuffisance d'actif. Ce changement des termes est susceptible d'induire en erreur, car il sous-entend que le dirigeant est responsable du dommage qu'il a créé et qui est subi par les créanciers, indépendamment de la faute qu'il a commise. Ce qui laisse à penser que la seule preuve du dommage est suffisante pour entrer en condamnation, et que la responsabilité pour insuffisance d'actif reviendrait à se placer du côté des victimes, et donc à nier le comportement du dirigeant auteur du dommage[4]. Or, ce n'est pas la réalité notamment du fait de la nécessité d'une faute de gestion, laquelle porte intrinsèquement un élément d'aggravation.

Au delà de cette erreur terminologique, l'insuffisance d'actif semble, à la différence de la cessation des paiements, se cantonner à l'action en responsabilité. Peut-elle exister indépendamment de cette action ?

Deux variétés d'insuffisance d'actif ? L'insuffisance d'actif constitue avec l'extinction du passif une hypothèse de clôture de la liquidation judiciaire. Selon l'article L. 643-9 du Code de commerce, la clôture, provisoire[5], pour insuffisance d'actif est prononcée « lorsque la poursuite des opérations de liquidation judiciaire est rendue impossible en raison de l'insuffisance de l'actif ». Et cette insuffisance d'actif est « caractérisée lorsque le produit

---

[1] Cass., com. 27 juin 2006, cassation n° 05-14.271. À défaut d'insuffisance d'actif, les actions fondées sur le droit commun des sociétés ou du droit de la responsabilité civile, sont recevables.

[2] Cass., com. 27 septembre 2011, rejet n° 10-20.308.

[3] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 922-31, p. 2471.

[4] V., B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947.

[5] V., P.-M. Le Corre, « Les clôtures », *Rev. proc. coll.* 2008/2, p. 136.

de la réalisation des actifs du débiteur et des actions et procédures engagées dans l'intérêt de l'entreprise ou des créanciers ne permet plus de désintéresser, même partiellement les créanciers[1] ». La nature de l'insuffisance d'actif de l'article L. 643-9 semble donc différente de celle de l'article L. 651-2. Dans le premier cas, l'insuffisance d'actif rend impossible la poursuite d'activité de sorte qu'il convient de mettre un terme à la procédure. Elle est donc insurmontable. Dans le second, l'insuffisance d'actif semble se détacher de sa juridicité, pour ne garder qu'une acception comptable. Peu important que le produit ne puisse plus désintéresser les créanciers, ce qui compte c'est son caractère certain. De plus, « si la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée pour insuffisance d'actif et qu'il apparaît que des actifs n'ont pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêts des créanciers n'ont pas été engagées pendant le cours de la procédure[2], celle-ci peut être reprise[3] ». Donc, en cas de clôture pour insuffisance d'actif, la liquidation judiciaire peut être reprise si l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'a pas été engagée. Ce qui tend à prouver leur différence, d'un côté l'insuffisance d'actif est un préjudice patrimonial qui, lorsqu'il est réparé, reconstitue le gage commun des créanciers ; de l'autre, l'insuffisance d'actif est un résultat, et la clôture de la liquidation judiciaire pour ce motif a une grave conséquence pour les créanciers, celle d'annihiler leur chance d'être payé. En outre, et cela confortera notre position, il n'y a pas lieu, pour déterminer l'insuffisance d'actif de l'article L. 651-2, de tenir compte des dettes postérieures[4], de sorte que seules peuvent être prises en compte pour déterminer l'insuffisance d'actif les dettes nées avant le jugement d'ouverture[5]. La conséquence est que l'insuffisance d'actif retenue à l'égard du dirigeant responsable est bien distincte et en l'occurrence moindre de celle qui pourrait être constatée à la clôture de la procédure et qui tient compte de l'ensemble du passif[6].

On peut alors distinguer l'insuffisance d'actif comme préjudice et comme résultat.

---

[1] Article R. 643-16 du Code de commerce.
[2] Comme l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1344, p. 620.
[3] Article L. 643-13 du Code de commerce.
[4] Pour une approche critique de cette solution, v., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1705, p. 785.
[5] Cass., com. 18 mars 2008, cassation n° 02-21.616, *D.* 2009, p. 349, note J.-M. Deleneuville ; *Dr. sociétés* 2008, n° 7, comm.151, note J.-P. Legros ; *JCP E* 2008, n° 35, p. 2022, note C. Delattre ; *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, comm.171, note A. Martin-Serf.
[6] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1707, p. 786.

L'insuffisance d'actif : un dommage non réparable. L'insuffisance d'actif possède-t-elle, comme la cessation des paiements, une existence autonome par rapport à sa nature de préjudice ? Ou ne naît-elle que pour être un préjudice ? Il semble qu'il faille répondre positivement à la deuxième question, puisque c'est le juge, au jour où il statue, qui en apprécie l'existence et *a fortiori* car la recevabilité de l'action dépend de sa caractérisation. Donc, la matérialité de l'insuffisance d'actif ressortirait lors de l'instance. Pourtant, la lettre de l'article L. 651-2 du Code de commerce laisse à penser le contraire, puisqu'il vise l'apparition de l'insuffisance d'actif lors de la liquidation judiciaire, et la possibilité de faire supporter son montant par le dirigeant si une faute de gestion a été commise. Nous noterons alors la similarité de cette rédaction avec celle de l'article L. 631-10-1 du même code. Ce qui laisse finalement à penser que l'insuffisance d'actif préexiste à sa nature de condition de fond de l'action en responsabilité. De sorte que, comme pour la cessation des paiements, l'insuffisance d'actif est un dommage en sommeil, un fait dommageable indépendant de toute faute, qui ne se révèlera préjudice réparable que si une faute y a contribué.

Une qualification de trouble possible ? Si la cessation des paiements et l'insuffisance d'actif sont des dommages sans faute, il semble alors possible de mettre un terme à leurs effets. D'ailleurs, le redressement peut tout à fait se terminer par un plan de redressement ou de cession ou comme la liquidation judiciaire par une extinction du passif. Or, le caractère *a priori* provisoire de ces états tend à les qualifier, non pas de dommage sans faute, mais de trouble[1]. En effet, à la différence du dommage qui est irréversible, le trouble peut toujours cesser. En outre, si le trouble appelle une résorption et le dommage une réparation, « on pourrait concevoir la possibilité de voir le trouble se transformer purement et simplement en dommage[2] ». Alors, la cessation des paiements et l'insuffisance d'actif seraient des troubles qui deviendraient des dommages une fois la faute commise. Pourtant, si l'idée selon laquelle le trouble est le précurseur du dommage non encore né[3] est séduisante pour expliquer le rapport entre le fait et sa révélation comme préjudice, celle-ci ne prend pas en compte le fait que le dommage ne réalise pas une telle atteinte, et donc que la nature du trouble est distincte du dommage[4].

---

[1] V., C. Guillemain, *Le trouble en droit privé*, Thèse Bordeaux, PUAM, 2000.
[2] C. Guillemain, *Le trouble en droit privé*, *op. cit.,* n° 49, p. 80.
[3] C. Guillemain, *Le trouble en droit privé*, *op. cit.,* n° 52, p. 85.
[4] C. Guillemain, *Le trouble en droit privé*, *op. cit.,* n° 54, p. 86.

Donc, s'il n'est pas douteux que l'ouverture d'une procédure collective puisse constituer en elle-même un dommage[1], la cessation des paiements, voire l'insuffisance d'actif susceptible d'en résulter, qui causant un dommage aux créanciers et aux débiteurs sont, *a priori*, indépendant d'une faute[2]. L'ouverture d'une procédure collective, constitutive d'un dommage peut ne pas avoir engendré de préjudice.

Ces deux dommages, qui ne peuvent être qualifiés de troubles, deviennent des préjudices réparables par la commission d'une faute de gestion. Ils possèdent par ailleurs une qualification spécifique de préjudice.

2 : Cessation des paiements et insuffisance d'actif : des préjudices économiques purs

Définition. Le préjudice économique pur[3], est un « préjudice de nature patrimoniale consistant dans la perte d'un profit ou d'une espérance de gain qui ne résulte pas d'une atteinte aux biens ou à la personne de la victime[4] ». Ce type de préjudice semble contredire notre système, qui permet *a priori* de tout indemniser[5], proportionnellement au dommage

---

[1] V., *supra* « Le fait dommageable de la procédure collective ».

[2] Si l'on peut concevoir un dommage sans faute, il n'existe pas de responsabilité sans dommage, v., L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ.* 2013, p. 275. Le constat d'une faute emporte « nécessairement » l'existence d'un dommage. V., en matière contractuelle Cass., civ. 3e 3 décembre 2003, rejet n° 02-18.033, *RTD civ.* 2004, p. 295, note P. Jourdain ; *AJDI* 2004, p. 204, note S. Beaugendre ; *D.* 2005, p. 185, note P. Delbecque ; *CCC* 2004, n° 3, comm.38, note L. Leveneur ; *RC et assur.* 2004, n° 5, comm.144, note H. Groutel.

[3] Le droit issu de la Common Law connaît le « pure economic loss ». Mais il en rejette par principe sa réparation : « there is a principle in english law to the effect that pure economic loss in the tort of negligence is generally not recoverable unless that loss was consequential upon physical injury to the plaintiff or damage to the plaintiff's property, or resulted from the plaintiff having relied upon a negligent misstatement, advice or services made or provided by the defendant». Ou encore « The court's restrictive attitude towards compensating pure economic loss in the tort of negligence does not extend to physical injury to the plaintiff or damage to his property». R. Bernstein, *Economic Loss*, London 1993, p. 1. De même, dans Murphy v. Brentwood District Council (1991) 1 AC 398, Lord Oliver déclara : «the infliction of physical injury to the person or property of another universally requires to be justified. The causing of economic loss does not». Selon R. Berstein, «This means if a defendant negligently causes physical injury to the plaintiff or damage to his property, the law will hold the defendant to be prima facie accountable to the plaintiff for his losses ; whereas if the defendant's negligent act causes only pure economic loss to the plaintiff, no such presumption of liability will arise».

[4] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 213, p. 142.

[5] L'article 1240 du Code civil est indifférent à telle ou telle catégorie de préjudice ; ensuite l'assurance, ou à défaut un fonds de garantie, peut prendre en charge les effets de la responsabilité.

subi. Mais, et l'exemple de la procédure collective est patent, des limites au principe de la réparation intégrale se multiplient.[1].

L'évaluation d'un préjudice purement économique est difficile à établir, soit on s'en remet aux experts, soit, si le préjudice n'est pas quantifiable, on décide d'une réparation forfaitaire. En effet, « trop souvent ni les magistrats ni les avocats ne sont suffisamment rompus aux techniques d'analyse et d'évaluation financières que pourtant exige la mesure précise de ce type de préjudice. Du fait de sa méconnaissance, le juge se retrouve très dépendant de l'avis de l'expert qu'il nomme pour l'éclairer sur le calcul du montant du préjudice économique[2] ».

L'admission d'un préjudice économique pur suscite aussi des difficultés d'évaluation et aboutit à un arbitrage aléatoire des juges du fond. En outre, la perte économique doit être certaine, on doit en faire une exacte démonstration. Tout au plus répare-t-on la perte de chance qui concerne la privation de la possibilité d'un gain[3].

En droit des procédures collectives, que ce soit au cours du redressement ou de la liquidation judiciaire, la cessation des paiements et l'insuffisance d'actif ne proviennent pas d'une faute ; et le préjudice économique qui en résulte est licite et ne peut être réparé. Mais, l'aggravation de la situation par la faute de gestion, source d'un préjudice économique pur subi par le créancier victime de ce fait, doit aboutir à sa réparation. Intrinsèquement donc, la cessation des paiements et l'insuffisance d'actif sont des préjudices économiques purs, que subit d'abord la personne morale, puis qui se répercute sur les créanciers.

Réparation du préjudice économique pur. La réparation du préjudice économique pur est légitime si une faute peut être reprochée à son responsable. Ainsi, la reconnaissance de la cessation des paiements et de l'insuffisance d'actif comme des préjudices purement économiques, permet d'introduire la notion de morale des affaires en lui donnant un rôle déterminant. En effet, « la réparation du préjudice économique dépend en effet de son caractère légitime, ce qui implique la détermination préalable de ce qui est légal et de ce qui

[1] Exclusion de la réparation des dommages contractuels imprévisibles ; plafonnements légaux relatifs à la réparation des dommages ; clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ; règlement amiable de la réparation…

[2] F. Bélot, « Pour une reconnaissance de la notion de préjudice économique en droit français », *LPA* 28 décembre 2005, n° 258, p. 8.

[3] C. Lapoyade Deschamps, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RIDC* 1998-2, p. 372.

ne l'est pas, autrement dit dans quelles circonstances et dans quelles mesures il existe un droit légal de nuire[1] ».

Dès lors qu'il y a atteinte immédiate au processus même d'activité économique on parlera donc de préjudice économique « pur ». Or, le droit des procédures collectives est un outil de politique économique dont l'efficacité juridique est protégée par le rôle de la responsabilité civile. En conséquence, l'insuffisance d'actif et la cessation des paiements sont des situations factuelles qui impactent la mécanique de la politique économique pour lesquelles le droit de la responsabilité civile régule la caractérisation et le montant, lorsqu'elles sont dues à un comportement fautif. Alors, l'une et l'autre joue un rôle dans l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.

Évaluation du préjudice économique pur. En principe, son évaluation est difficile pour le juge qui doit se conformer aux règles de la responsabilité civile et à celle de la réparation intégrale. Quant à la victime, elle doit le chiffrer pour justifier sa demande. Pour tenter de pallier à ces difficultés, un expert peut être désigné dont le rôle sera de chiffrer la demande. Or, en la matière, pour ces experts : « on ne peut employer des règles simples ou des « recettes » standardisées pour résoudre les difficultés que présente l'évaluation du préjudice économique. Les particularités de chaque cas amènent à constater l'inadaptation des recettes « miracles » et incitent, au contraire, à la plus grande rigueur, aidée par beaucoup de bon sens, dans la prise en considération de chaque situation particulière[2] ». Pour pallier à l'approximation de l'évaluation de ce type de préjudice, il faut l'apprécier *in concreto*, selon une « méthode rigoureuse adaptée à la nature de l'entreprise[3] ». Il faut, poursuit M. Bélot, « estimer ce qui aurait été gagné s'il n'y avait pas eu d'atteinte à l'activité économique. En d'autres termes, il convient de faire la différence entre ce qui a été gagné et ce qui l'aurait été s'il n'y avait pas eu d'atteinte à l'activité économique[4] », du fait de la faute de gestion.

Il apparaît alors que l'évaluation du préjudice économique résultera d'une appréciation entre le « réel » et le « virtuel », dont le respect de l'équilibre est déjà assuré par la responsabilité civile[5].

En effet, d'une part pour l'action en responsabilité pour faute ayant contribué à la cessation des paiements, la mesure conservatoire exercée dans ce cadre, constitue une mesure de

---

[1] F. Bélot, « Pour une reconnaissance de la notion de préjudice économique en droit français », *LPA* 28 décembre 2005, n° 258, p. 8.
[2] F. Bélot, « L'évaluation du préjudice économique », *D.* 2007, p. 1681.
[3] *Ibid*.
[4] *Ibid*.
[5] V., *supra* « Une nouvelle approche des intérêts ».

préservation des biens de l'entreprise permettant l'apurement de son passif. Donc une mesure qui participe à l'efficacité juridique du droit des procédures collectives. L'intérêt réel consistera alors à garder les biens au sein de l'entreprise pour permettre le paiement des créanciers, contrairement à l'intérêt virtuel qui organisera la fuite de ces biens alors que l'entreprise est en difficulté. Ainsi, si cet intérêt contribue à la cessation des paiements de l'entreprise, une mesure conservatoire sera justifiée. La balance des intérêts doit donc guider le juge à ordonner de telles mesures, pour aménager une situation d'attente qui sauvegardera les intérêts en conflit. Finalement, l'action en responsabilité justifie la mesure conservatoire, mesure de politique juridique fondée sur l'intérêt, de sorte que pour garantir l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, l'utilisation de la responsabilité civile comme garante de l'équilibre des intérêts, est justifiée.

D'autre part, pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, l'intérêt virtuel sera celui du dirigeant de droit ou de fait qui a tiré avantage de la situation au point qu'il ait contribué à l'insuffisance d'actif. L'intérêt réel, sera celui à voir disparaître l'insuffisance d'actif. Ainsi, si ce dernier intérêt n'est pas privé d'effet par le fait qu'une personne a profité de la situation, la politique juridique de la procédure collective est respectée et la responsabilité civile ne sera pas utilisée puisque cet intérêt est mis au service de l'efficacité juridique de la procédure collective. Par contre, dès lors que l'intérêt virtuel se manifeste, la preuve de l'avantage perçu par la faute de gestion, entraînera la nécessité d'un rééquilibrage par l'action en responsabilité.

Donc, pour l'évaluation de ce type de préjudice l'indemnité qui sert à rétablir un équilibre détruit par le dommage ainsi qu'à rétablir la victime dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant l'acte délictueux, ce préjudice s'analysera comme la différence entre : « une situation réelle : la situation dans laquelle la victime se trouve effectivement ; une situation théorique : la situation dans laquelle se trouverait la victime en l'absence du fait dommageable. Toute démarche d'évaluation du préjudice consistera à qualifier, à déterminer, puis à chiffrer cet écart. La comparaison entre la situation existante et la situation théorique se fera souvent en comparant les flux de dépenses et de recettes propres à chacune des situations[1] ». Dans le cadre de la procédure collective, parce qu'elle est mise au service de la politique économique, le législateur se doit d'anticiper sur la détermination matérielle et numéraire du préjudice. Ce faisant, il pallie à ces difficultés.

[1] M. Nussenbaum et A. Perrin, « Comment évaluer le préjudice industriel et commercial ? », *Option finance,* 21 mai 2002, n° 690, p. 33.

Dans un cas, l'état de cessation des paiements est connu et avéré et sa réparation ne peut être en nature, puisque cet état est d'abord constaté, non pas chiffré. Ce régime spécial de responsabilité[1] ne semble donc pas suivre celui de l'article L. 651-2 du Code de commerce. On estime alors que la réparation doit être intégrale, d'autant plus que la liquidation judiciaire n'est pas prononcée, et qu'une mesure conservatoire a très certainement été prise, garantissant la réparation.

Dans l'autre, l'écart entre la situation virtuelle et réelle s'appréciera aussi *in concreto* avec un rôle prépondérant laissé à l'équité et à la morale, car ce préjudice constitué par l'insuffisance d'actif, conformément à l'efficacité juridique, pourra ne pas être réparé.

Voici donc une nouvelle appréhension des préjudices inhérents à la procédure collective. Voyons maintenant celle relative aux différents liens de causalité.

Paragraphe 2 : Le lien de causalité des actions en responsabilité du droit des procédures collectives

Généralités et droit commun. Le lien de causalité, fait juridique dont la preuve peut être apportée par tout moyen par le demandeur[2], qualifié de consubstantiel à la responsabilité civile[3], en est une des conditions[4], de sorte que « déclarer une personne civilement responsable, c'est lui imputer la cause du préjudice dont il est demandé réparation[5] ». Il faut donc que le dommage subi soit la conséquence de la faute commise, que le fait « cause à autrui » un dommage, selon les termes de l'article 1240 du Code civil.

---

[1] V., M.-P. Dumont-Lefrand et C. Lisanti, « Le législateur des cas particuliers… », *Act. proc. coll.*, avril 2012, n° 7, repère 96.

[2] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 246, p. 164 ; G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 362, p. 269. L'alinéa second de l'article 1239 de l'avant projet de réforme de la responsabilité civile dispose que « le lien de causalité s'établit par tout moyen ». Le lien de causalité (sauf exceptions : accidents nucléaires, accidents du travail, accidents de la circulation, accidents transfusionnels, etc.) n'est donc pas présumé, ce sera le cas aussi en droit des procédures collectives (*contra* : article 99 de la loi du 13 juillet 1967).

[3] C. Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile,* Thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, n° 2, p. 3.

[4] L'avant projet de loi portant réforme de la responsabilité civile ne déroge pas à cette règle en posant à l'article 1239 que « la responsabilité suppose la démonstration d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage »

[5] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 228, p. 153.

Sachant que cette cause est rarement la conséquence d'un fait unique, « il faut toujours compter avec la conjonction de divers facteurs[1] ». Il s'agira alors de rattacher le préjudice à l'un de ses antécédents, « soit parce que celui-là est le plus rapproché dans le temps et l'espace de l'effet produit[2], (…) soit[3] (…) parce que, dans un calcul de probabilités, il est permis de dire que tel événement est plus que d'autres susceptible de causer tel dommage[4] ». Recherche vaine selon Ripert, pour qui « tous les antécédents sont des causes du dommage, puisque l'un de ces antécédents supprimé, le dommage, ne se serait pas produit. On dit alors, devant l'impossibilité de choisir qu'il y a équivalence des conditions[5] ».

Classiquement[6] donc, l'affirmation de la causalité implique un jugement de valeur sur un enchaînement de faits, qui amène à distinguer deux méthodes de détermination du lien unissant la cause au préjudice[7]. La première est la théorie de l'équivalence des conditions qui consiste dans une compréhension extensive, et finalement contraire à celle de la nécessité de circonscrire le domaine de la responsabilité civile[8], du rapport causal. Ainsi, tous les faits sans lesquels le dommage ne se serait pas produit en sont la cause[9] de sorte qu'aucune sélection de fait ne se justifie, peu important son rôle plus ou moins décisif dans la réalisation du dommage. Donc, le fait sera causal s'il en a été la condition *sine qua non*.

---

[1] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 229, p. 154.

[2] C'est la théorie de la *causa proxima*. Aujourd'hui unanimement rejetée, selon G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 340, p. 245.

[3] C'est la théorie de la causalité adéquate.

[4] G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, éd. Lextenso, coll. Anthologie du Droit, n° 117, p. 212.

[5] *Ibid*.

[6] Il apparaît nécessaire de dépasser, selon Ph. Brun (*Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 237, p. 159) l'opposition entre l'équivalence des conditions et la causalité adéquate. Il fut donc proposé de revenir aux règles de la responsabilité civile pour dégager une théorie purement juridique de la causalité et finalement répondre à la question : jusqu'où peut-on donc, à partir d'un dommage, remonter dans la chaîne des causes ? Il faut pouvoir, dans l'enchaînement des faits, suivre « l'empreinte continue du mal ». Il faut donc remonter « aussi longtemps que l'on peut suivre, à travers la série de faits, ce que l'on pourrait appeler (…) l'empreinte continue du mal. Du dommage au fait illicite, il faut pouvoir remonter, de fait en fait, par une suite de pourquoi ?, en trouvant dans chaque fait un aspect défectueux qui s'explique au moins partiellement, par la défectuosité du fait précédent ». V., N. Dejean de la Bâtie, *JCP* 1970, II, n° 16470, note sous Cass., civ. 2e 13 mai 1969, cassation n° 67-14.328. Sur la théorie de l'empreinte continue du mal, v., C. Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile,* Thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, n° 295 et s., p. 265 et s.

[7] L'avant projet de loi portant réforme de la responsabilité civile ne prend pas partie pour l'une ou l'autre des théories, rompant par exemple avec l'article 10 du Projet Terré qui préconisait de définir la causalité selon la théorie de la causalité adéquate.

[8] V., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 233 et s., p. 156 et s.

[9] *Ibid*

La seconde est celle de la causalité adéquate qui, *a contrario*, débouche sur une approche plus restrictive du lien. Ne sera cause du dommage que le fait propre à le produire selon le cours normal des choses[1]. Émerge alors ici une idée de hiérarchie des facteurs, qui suppose une analyse rétrospective du processus dommageable. Mais que faut-il comprendre par « cours normal des choses » ? La réponse induit la restriction, car cette théorie peut conduire à priver la victime de réparation sur le seul constat que le fait illicite considéré ne devait pas conduire au dommage[2].

Bien que chacune des deux théories ait ses avantages et inconvénients[3], aucune ne permet de régler globalement l'approche plus ou moins extensive de la causalité.

La cause apparaît alors comme une contrepartie intrinsèque à la faute[4], qui engendre, au delà de sa considération morale, la rupture d'équilibre des intérêts.

Voici donc exposées les grandes lignes du lien de causalité comme condition de la responsabilité civile.

Or, la question qu'il convient maintenant de se poser est celle de savoir comment est appréhendé ce lien en droit des procédures collectives ?

Les liens de causalité du droit des procédures collectives. Les actions en responsabilité du droit des procédures collectives sont relativement peu nombreuses. Et si la faute et le préjudice évoluent, pour garantir l'efficacité juridique de la procédure collective, le lien de causalité n'y fait pas défaut. Or, quel impact a cette évolution sur le lien de causalité, condition nécessaire à la recherche de la responsabilité ?

Deux termes, dont l'un peut prêter à discussion, retiendront notre attention : la contribution et le fait.

En effet, ces termes nous renvoient à quatre types d'actions. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, pour laquelle doit être constatée une faute de gestion « ayant contribué » à l'insuffisance d'actif ; l'action en responsabilité pour une faute « ayant contribué » à la cessation des paiements ; l'action contre la société mère qui « a contribué » à l'insuffisance d'actif de sa filiale ; et enfin la non-responsabilité des créanciers des préjudices subis « du fait des concours consentis ».

---

[1] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 235, p. 158.

[2] V., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 235 et s., p. 158 et s.

[3] V., G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 341 et s., p. 246 et s. ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle »*, *op. cit.,* n° 234 et 236, p. 157 et 158 ; C. Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile,* Thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, n° 19 et s., p. 28 et s., et n° 80 et s., p. 71 et s.

[4] Sans pour autant que le lien de causalité ne se confonde avec la faute.

A : Sur la « contribution »

Le lien causal relatif à la contribution se retrouve pour trois actions en responsabilité. Nous regrouperons l'action en responsabilité de l'article L. 631-10-1 et celle de l'article L. 651-2 du Code de commerce qui emploient toutes les deux l'expression « ayant contribué » (**1**). Pour enfin envisager l'action spéciale engagée contre la société mère qui « a contribué », par sa faute caractérisée, à l'insuffisance d'actif de sa filiale (**2**).

1 : La faute « ayant contribué » au préjudice

Rappelons les termes précis. L'article L. 631-10-1 dispose qu'« à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur ». Et l'article L. 651-2, dans le même esprit, dispose 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 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 ».

Grammaire. Ici, le verbe contribuer est conjugué au participe passé. Sa forme composée signifie qu'il s'emploie pour marquer l'antériorité par rapport à un autre fait[1]. Cet autre fait est le préjudice, à savoir la cessation des paiements ou l'insuffisance d'actif.

Définition du terme par le législateur. Le rapport Hyest est laconique sur ce qu'il faut comprendre par « contribution », se contentant d'énoncer que cette cause ne doit pas nécessairement être la cause exclusive ou principale du préjudice[2]. Le rapport Sueur n'est guère plus éloquent, n'évoquant que la seule faute « imputables aux dirigeants[3] ». Le rapport

[1] V., M. Grevisse et A. Goosse, *Le bon usage – Grevisse langue française*, De Boeck et Larcier, 14e éd., § 925 *a*.
[2] J.-J. Hyest, Rapport « sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, de sauvegarde des entreprises », n° 335, p. 444.
[3] J.-P. Sueur, Rapport fait « sur la proposition de loi relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet », Sénat, n° 448, p. 14.

Guégot quant à lui tend à nous induire en erreur puisqu'à propos de l'article L. 631-10-1 il énonce une vision restrictive, que « son objet est de permettre la mise en cause efficace des dirigeants de fait ou de droit qui ont, par leur fait fautif, été à l'origine de la cessation des paiements », ce qui laisserait supposer que la cause de la cessation des paiements est unique et qu'elle tiendrait dans la faute du dirigeant. Or, la cause de la cessation des paiements n'est pas nécessairement due à l'incurie du dirigeant.

Il faut donc revenir aux travaux parlementaires de la loi de 1985 pour trouver un début d'explication. M. Badinter indiqua que « si l'on écrivait ayant causé cette insuffisance d'actif on se heurterait pratiquement à une impossibilité de preuve. Ayant contribué signifie qu'il s'agit d'un des éléments intervenus dans le cadre de la création du passif. Le lien de causalité se trouve rétabli[1] ». Choisi volontairement par le législateur, ce discours est une forme d'aveu, puisqu'il est difficile d'établir un lien de cause à effet entre la faute aggravée de gestion et l'insuffisance d'actif, il a fallu « trouver » une notion moins exigeante sur le plan probatoire et la contribution joue parfaitement ce rôle. Seulement, avec du recul nous avons du mal à saisir la différence conceptuelle entre « contribution » et « causalité », sauf à considérer la faute de gestion comme un agrégat de faits.

La « contribution », application de la théorie de l'équivalence des conditions. Quoi qu'il en soit, l'utilisation de ce terme implique une conception lâche du lien de causalité[2] ; en permettant d'écarter le problème des causes plurales du dommage[3], ce qui est contestable au regard du principe de proportionnalité. Il n'est pas besoin que la faute soit la cause exclusive du dommage, il suffit que le fait reproché au dirigeant soit l'une des fautes ayant contribué à la réalisation du dommage[4]. Cela évite les difficultés liées à la pluralité des causes de l'insuffisance d'actif ou de la cessation des paiements. Le tribunal n'a donc pas à déterminer la part de préjudice imputable à la faute, que celle-ci soit la cause unique, principale ou non du préjudice lié à la cessation des paiements ou à l'insuffisance d'actif. Nous avons alors ici l'application légale de la théorie de l'équivalence des conditions[5], dont le domaine est la responsabilité pour faute, ce qui tend à prouver que la défaillance d'une entreprise n'est pas due à une cause unique, mais à un enchevêtrement de causes au sein

---

[1] *JOAN*, 11 avril 1984, p. 1382.
[2] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1708, p. 786.
[3] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 922.41, p. 2640.
[4] Cass., com. 31 mai 2011, rejet n° 09-67.661, précité et Cass., com. 11 octobre 2011, cassation n° 10-20. 423, *Dr. et patr.* 31 octobre 2011, n° 850, p. 3 ; *Rev. proc. coll.*, mai 2012, n° 3, comm. 98 par A. Martin-Serf.
[5] V., D. Voinot, *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 872, p. 322.

duquel peut apparaître une faute aggravée de gestion. Puisqu'il est délicat de sublimer l'inextricable faute de gestion, la jurisprudence a tendance à en relever plusieurs afin de caractériser le lien de causalité[1].

Limites à l'application de la théorie de l'équivalence des conditions. Il semble y avoir, au moins, deux limites à l'application de cette théorie. La première vient du principe de proportionnalité, selon lequel lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif sont retenues, chacune d'elles doit être légalement justifiée[2]. La Cour de cassation contrôle donc que les juges du fond « ont bien caractérisé chaque faute de gestion et les ont correctement imputées soit à chacun des dirigeants de droit ou de fait poursuivis soit aux deux conjointement »[3]. La seconde, pour pallier l'absence de limite à l'étendue de la recherche de responsabilité[4], le juge « peut » mettre à la charge du dirigeant personne physique ou morale tout ou partie de l'insuffisance d'actif, faisant alors obstacle à la condamnation systématique du dirigeant. Cette liberté « logique par rapport à l'établissement du lien de causalité[5] » a pour effet de permettre au tribunal de « fixer l'étendue de la réparation à ce qu'il croit juste, compte tenu de la gravité de la faute, de la nature des fonctions, de l'indépendance du dirigeant ». Donc, nous rejoignons M. Germain lorsqu'il écrit que « la réparation facultative (…) servira à masquer la liberté prise avec le système de l'équivalence des conditions[6] », finalement le lien de causalité du droit des procédures collectives justifie l'entorse faite au principe de la réparation intégrale.

---

[1] V., D. Demeyere, « Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux », *Gaz. pal.* 6 avril 2013, n° 96, p. 13. *Contra* F. Derrida, *D.* 1984, p. 139, note sous Cass., civ 1re 9 novembre 1983, cassation n° 81-16.549. Selon ce dernier, « pour cette responsabilité (celle tirée de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967), ce ne sont pas les actes juridiques en eux-mêmes conclus par le dirigeant qui sont pris en considération, mais le résultat final de sa gestion ; celle-ci est envisagée dans son ensemble ».

[2] Cass., com. 11 octobre 2011, cassation n° 10-20. 423, *Dr. et patr.* 31 octobre 2011, n° 850, p. 3 ; *Rev. proc. coll.*, mai 2012, n° 3, comm.98 par A. Martin-Serf.

[3] V., Cass., com. 10 janvier 2012, cassation n° 10-28.067, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 6, comm. 211, note A. Martin –Serf.

[4] Puisque, « le propre de l'équivalence des conditions n'est-il pas de permettre de rattacher la totalité du dommage à une seule de ses causes ? », v., J.-P. Sortais, « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif », *in Mélanges Pierre Bézard – Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, Paris, 2002, p. 322.

[5] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 922.51, p. 2641.

[6] M. Germain, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », *in 1807-2007 le Code de commerce-Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 251.

Nous venons d'étudier la causalité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et de l'action en responsabilité pour faute ayant contribué à la cessation des paiements. Voyons celle qui a trait à la responsabilité de la société mère.

2 : La faute caractérisée de la société mère qui « a contribué » à l'insuffisance d'actif de la filiale

Grammaire. L'emploi du passé composé exprime un fait passé par rapport au moment où l'on parle, qui est considéré comme achevé[1]. Il s'agit alors de prendre en considération la situation dans sa globalité, non pas par rapport à un autre fait.

Spécificité liée à l'environnement. Cette approche environnementale, conduit à ce que ne soit pas réparée l'insuffisance d'actif, mais à ce que soit pris en charge par la société mère[2], selon l'article L. 512-17 du Code de l'environnement, « tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité ». On aboutit alors à ce que la faute, bien que liée à l'insuffisance d'actif, n'entraînera pas son comblement ni sa réparation. On peine alors à comprendre, d'abord, pourquoi avoir inséré cette restriction supplémentaire de la démonstration du préjudice lié à l'insuffisance d'actif, alors qu'il eut été beaucoup plus simple de faire dépendre les obligations environnementales directement de la faute caractérisée. Ensuite, comme la société mère peut être considérée comme un dirigeant de fait[3], elle pourrait être amenée à réparer l'insuffisance d'actif de sa filiale sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce.

La question du cumul. Ces deux actions peuvent-elles se cumuler ? Si « rien ne l'interdit dans les textes[4] », nous doutons d'une telle possibilité. Le droit des procédures collectives déroge à celui de la responsabilité civile et interdit le cumul de l'action en

---

[1] V., M. Grevisse et A. Goosse, *op. cit.*, § 883.

[2] Par la grand-mère, voire par l'arrière grand-mère, sans possibilité « d'aller au delà », en cas de défaillance en cascade. V., l'alinéa 2 de l'article L. 512-17 du Code de l'environnement.

[3] Il n'y a en effet aucune objection à ce qu'elle le soit, d'autant plus que la lettre de l'article L. 512-17 du Code de l'environnement évoque la saisine du tribunal « pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère ». C'est dire le rôle que le législateur compte faire jouer à la société mère. Ce qui paraît importer ici c'est le lien qui unit la mère à la fille, or par extrapolation, ce lien pourrait être une direction de fait. V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 921.24 et s., p. 2585 et s.

[4] T. Montéran, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859.

responsabilité pour insuffisance d'actif avec celle du droit commun. Et comme le droit de l'environnement sert un ordre public supérieur, que l'intérêt de l'entreprise en difficulté commande de suivre[1], la primauté reviendrait à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif du code de l'environnement. D'autant plus que l'important consiste à pourvoir au rétablissement de la situation environnementale antérieure, finalité de l'article L. 512-17 du Code de l'environnement. La liquidation judiciaire de la filiale et l'insuffisance d'actif semblant alors superflue.

Seulement, là où la société mère, dirigeant de fait, devra ne commettre qu'une faute aggravée de gestion pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, il s'agira ici d'une faute caractérisée, qui possède donc un degré de gravité. Le texte de l'article L. 512-17 semble alors rapprocher « la faute caractérisée de la faute de gestion en imposant qu'elle ait contribué à l'insuffisance d'actif ce qui en réduit la portée[2] ». En outre, comme le législateur a fait dépendre le financement des mesures de remise en état d'une faute caractérisée, cela implique son refus d'instaurer une responsabilité de plein droit[3], de sorte que dans la confrontation qui oppose les deux ordres publics, écologiques et économiques, le doute subsisterait quant à la supériorité du premier sur le second[4]. Le bien commun ne primerait donc pas sur une situation non irrévocable, ce qui n'est selon nous pas concevable.

3 : La causalité et la typologie des fautes

Dépendance entre causalité et qualification de la faute. On emploi les mêmes termes causals pour les relier soit à la faute aggravée de gestion, soit à la faute caractérisée. Or, ceci prouve que s'agissant de la catégorie des fautes, l'appréciation de la causalité entre préjudice et responsabilité de son auteur retentit sur la qualification.

La qualification du lien de causalité dépend-elle du degré de la faute ? *A priori* non puisque les textes ne distinguent pas le lien causal du degré.

---

[1] V., D. Voinot, « Le sort des créances dans la procédure collective. L'exemple de la créance environnementale », *RTD com.* 2001, p. 581.

[2] C. Hannoun, « La responsabilité des sociétés mères face aux impératifs de protection de l'environnement », *in Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman – Les frontières du droit*, CEPRISCA, p. 56.

[3] V., C. Hannoun, « La responsabilité des sociétés mères face aux impératifs de protection de l'environnement », *op. cit.,* p. 54 et T. Montéran, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859.

[4] V., D. Voinot, « Droit des entreprises en difficulté et protection de l'environnement : rapport introductif », *Rev. proc. coll.,* juin 2004, n° 2, p. 141.

Certains auteurs estiment pourtant que la gravité de la faute aurait une incidence sur la qualification du lien de causalité et finalement que « le degré de gravité de la faute inspirerait le jugement porté sur l'existence ou l'absence de lien causal (…)[1] ». Le caractère plus ou moins grave ou lourd de la faute permettrait donc de faciliter la preuve du lien de causalité.
En droit commun de la responsabilité civile explique Mme Viney, il est des hypothèses où les tribunaux se sont appuyés sur la différence de degré de gravité des fautes concurrentes ayant contribué à la réalisation du dommage pour déclarer non causale la plus légère (la faute intentionnelle peut absorber le rôle causal d'une simple négligence par exemple) [2].

Application à la faute issue de l'article L. 631-10-1 du Code de commerce. Ceci aurait une incidence si la faute qui contribua à la cessation des paiements ne s'entend pas comme une faute aggravée, puisqu'après tout la lettre de l'article L. 631-10-1 du Code de commerce n'évoque que « la faute »[3]. Or, le cas échéant, si celui qui a commis une faute ayant contribué à la cessation des paiements est poursuivi sur ce fondement et si la liquidation judiciaire est prononcée en cours d'instance, il sera au final poursuivi sur le fondement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Donc, nous aurions une seule faute, un même fait fautif et deux degrés différents, deux qualifications différentes.
Or, comment ce même fait peut acquérir un degré de gravité supplémentaire ? Par la politique juridique de la procédure collective ? Les finalités de la liquidation judiciaire influeraient alors sur la qualification de la faute, puisque le droit de la responsabilité civile s'adapte aux objectifs et aux finalités de la procédure collective, car il est mis au service de sa politique juridique.
En outre, en plus d'avoir une différence dans le degré de gravité des fautes, il y a une différence quant à l'objet pour lequel la faute a contribué. Une faute qui contribue à la cessation des paiements, peut-elle contribuer à l'insuffisance d'actif ? Bien que l'équivalence entre ces deux préjudices soit relative[4], le schéma temporel n'est pas le même, « l'évolution » du redressement en liquidation judiciaire, fait nécessairement évoluer le préjudice afin qu'il s'adapte à l'action en responsabilité en cours.

---

[1] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.,* p. 94
[2] V., G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 357, p. 260.
[3] V., Ph. Roussel Galle, « La loi Pétroplus, quelques réflexions…avec un peu de recul », *Rev. proc. coll.*, mai 2012, n° 3, étude 16. Selon l'auteur, le texte « évoque une faute, sans autre précision, et ainsi n'importe quelle faute, de gestion ou non, pourra fonder l'action ».
[4] L'insuffisance d'actif, certaine en liquidation judiciaire, reste à démontrer en redressement judiciaire.

Mais, au delà de la possible adaptabilité de la faute et du préjudice, comment le lien de causalité peut-il s'adapter ? La cause de la cessation des paiements n'est pas celle de l'insuffisance d'actif. C'est pourquoi, dans l'hypothèse où une action en responsabilité pour faute ayant contribué à la cessation des paiements est engagée et que la liquidation judicaire est prononcée en cours d'instance, nous pensons que la causalité avec l'insuffisance d'actif devrait être présumée.

Enfin, selon l'alinéa deuxième de l'article L. 651-4 du Code de commerce, le président du tribunal « peut maintenir la mesure conservatoire ordonnée à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait en application de l'article L. 631-10-1 ». Il est donc légalement possible de maintenir la mesure conservatoire, ordonnée en redressement, en liquidation judiciaire. Or, on peine à croire que si la mesure peut être maintenue en liquidation, l'action en responsabilité ne puisse pas l'être car l'esprit de L. 631-10-1 est d'ouvrir une action en responsabilité pour faute pour justement prendre une mesure conservatoire. La mesure conservatoire dépend de l'action en responsabilité et de la faute. Donc, cela prouve que les fautes des articles L. 631-10-1 et de L. 651-2 du Code de commerce sont en réalité similaires. Puisque la preuve d'une faute aggravée de gestion n'a pas à être rapportée si la liquidation judicaire est prononcée en cours d'instance, le cas échéant, la certitude de l'insuffisance d'actif, fait présumer le lien de causalité.

Donc, la faute issue de L. 631-10-1 est, et doit être, une faute aggravée de gestion.

La causalité ne se retrouve pas uniquement dans la contribution de la faute au dommage. Elle réside aussi, tel que l'envisage l'article L. 650-1 du Code de commerce, dans « le fait » des concours.

B : Sur le « fait »

Rappel. L'irresponsabilité du fait des concours consentis à une entreprise en difficulté intéresse les techniques fondamentales de la responsabilité civile.

Dans les termes, l'article L. 650-1 du Code de commerce dispose que : « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ». Or, la formulation de l'article est un peu déroutante, en ce qu'elle présente sa condition

d'application comme étant la conséquence de l'octroi d'un concours pour, paradoxalement, écarter toute responsabilité de celui qui y consent, pourtant par hypothèse préjudiciable[1].

Le fait, lien de causalité entre les concours et les préjudices susceptibles d'en résulter. Il ressort de l'article que le « fait » puisse être considéré comme le lien de causalité entre les concours et les préjudices qui peuvent en résulter.
« Du fait », signifie « par le fait de », « en raison de » ; il marque le constat que les concours consentis par le créancier ont engendré des préjudices, qu'ils sont la cause de ces préjudices. Mais en dépit de ce constat, la responsabilité ne sera pas, par principe, recherchée.

1 : Recherche de la théorie relative à la causalité applicable

Le fait et les théories de la causalité – Application de l'équivalence des conditions ou de la causalité adéquate ? Si le « fait des concours », présent à L. 650-1, est la cause des préjudices, cette cause se rattache-t-elle à une théorie de la causalité connue ?
L'équivalence des conditions suppose seulement le constat de ce qu'un fait a concouru, parmi d'autres facteurs, à produire tel effet. Elle renvoie à la causalité fondamentale et à la question tout aussi fondamentale, de savoir si le dommage aurait eu lieu sans l'acte du défendeur. Or, répondre à cette question implique un raisonnement contrefactuel, car on se demande finalement si sans le fait le dommage se serait tout de même produit. La causalité n'étant admise qu'en cas de réponse négative.
La causalité adéquate intéresse la causalité qui permet de déterminer l'étendue de la responsabilité. Elle implique la sélection, et que soit porté une appréciation sur le rôle qu'a joué le fait considéré dans le processus qui a conduit au dommage[2]. Ainsi, pour cette causalité, on procède toujours à un moment où à un autre d'un saut qualitatif entre les éléments matériels dont le juge est saisi et la décision qu'il prend qui a une part politique irréductible[3].

---

[1] V., J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », D., 2006, p. 1743 ; et D. Robine, « L'article L. 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? D. 2006, p. 72.
[2] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 229, p. 154
[3] V., https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_louis_bore.pdf site consulté le 28 juillet 2016.

Finalement, pour répondre à la question, il nous faut rapprocher ces théories avec les solutions dégagées par la jurisprudence concernant la détermination du montant de la condamnation pour soutien abusif. Trois périodes peuvent être mises en évidence[1].

- Dans un premier temps, la Cour de cassation se référa à « la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers » pour décider qu' « qu'ayant par ses fautes contribué à la réalisation du dommage, la banque était tenue de le réparer (l'aggravation du passif) entièrement »[2]. S'appliquait alors la théorie de l'équivalence des conditions.

- Puis, la Cour évalua le préjudice subi par les créanciers à l'insuffisance d'actif. En effet, elle a pu juger que le liquidateur judiciaire ayant assigné en responsabilité civile une banque à qui il reprochait d'avoir apporté un soutien abusif au débiteur, une cour d'appel ne peut, après avoir évalué au montant de l'insuffisance d'actif le préjudice subi, condamner cette banque à n'en payer qu'une partie au motif qu'un autre créancier, admis au passif, avait, par son soutien, contribué lui aussi à présenter la situation du débiteur sous un jour favorable, alors que la banque, responsable du préjudice collectif subi par les créanciers était tenue de le réparer en totalité, sauf son recours contre celui d'entre eux à qui elle imputait une part de responsabilité dans la survenance du dommage[3]. S'appliquait donc aussi l'équivalence des conditions.

- Enfin, le droit positif cantonne l'obligation de réparation à la seule aggravation de l'insuffisance d'actif que le banquier a, par sa faute, contribué à créer. En effet, « les établissements de crédit auxquels il est reproché d'avoir, par leurs agissements, retardé l'ouverture de la procédure collective, ne sont tenus que de réparer l'aggravation de l'insuffisance d'actif que ces agissements ont contribué à créer[4] ». L'établissement de crédit n'est donc plus tenu de réparer l'intégralité du passif[5]. De même, « justifie légalement sa décision, la cour d'appel qui, pour caractériser l'absence de lien de causalité entre la faute d'une banque et la dépréciation de certains éléments de l'actif, retient, après avoir rappelé qu'un établissement de crédit qui a par sa faute retardé l'ouverture de la procédure collective de son client n'est tenu de réparer que l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a ainsi contribué à créer, que les provisions correspondant à la dépréciation des titres des sociétés

---

[1] V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 833.14, p. 2494.

[2] V., par exemple, Cass., com. 23 janvier 2001, cassation n° 97-21.193, *Act. proc. coll*. 2001, n° 94 et 114, note J. Vallansan.

[3] Cass., com. 5 mars 1996, n° 94-13.583, *RTD com*., 1996, p. 507, note M. Cabrillac.

[4] Cass., com. 19 novembre 2003, cassation n° 00-19.584, *RTD com*. 2004, p. 145, note D. Legeais. V., aussi, Cass., com. 22 mars 2005, cassation n° 03-12.922, précité.

[5] Solution rappelée par la jurisprudence. V., Cass., com. 13 septembre 2011, cassation n° 10-30.766, *Act. proc. coll.* 2011, n° 16, alerte 258 ; *Bull. Joly* 2011, n° 12, p. 1008.

filiales, de même que les résultats exceptionnels, n'étant pas directement liés au soutien abusif de la banque, il n'y a pas lieu de les prendre en compte dans le calcul de l'aggravation de l'insuffisance d'actif dont la banque est seule redevable[1] ». Donc, seul le dommage en lien direct avec la faute est réparable. Le banquier est seulement tenu de « réparer l'aggravation de l'actif qu'il a contribué à créer », en d'autres termes, il est nécessaire de distinguer, au sein de l'insuffisance d'actif la part existante avant les agissements fautifs de la part résultant de la faute[2]. En conséquence de quoi le préjudice ne peut être caractérisé si l'insuffisance d'actif diminue par rapport à ce qu'il était avant la faute[3].

Toutefois, si la banque n'est tenue de réparer que l'aggravation de l'insuffisance d'actif que le banquier a contribué à créer par sa faute, il est tenu de réparer la totalité de celui-ci dès lors que de multiples fautes graves sont en lien direct avec la totalité de l'insuffisance d'actif[4]. S'applique donc encore aujourd'hui la théorie de l'équivalence des conditions.

Causalité et concours fautifs. De plus, par un arrêt de 2012, la Cour de cassation a posé en principe que les concours consentis doivent être « en eux-mêmes fautifs »[5]. De sorte que soit non seulement nécessaire une faute du créancier, mais aussi que les préjudices subis soient le « fait » des concours, c'est à dire que soit prouvé que le concours fut consenti à une entreprise dont la situation irrémédiablement compromise était connue du prêteur, soit que le montant et le coût du crédit étaient incompatibles avec la situation financière de l'entreprise et ses capacités de remboursement, ainsi qu'avec sa rentabilité ou ses perspectives économiques[6].

La précision selon laquelle les concours doivent-être en eux-mêmes fautifs est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond[7].

L'irresponsabilité des créanciers ne jouera uniquement que si les préjudices ont été causés par les concours. Par contre, la double preuve du caractère fautif du crédit et d'un des trois cas limitativement énumérés par la loi annihile son effet[1].

---

[1] Cass., com. 23 avril 2013, rejet n° 12-22.843, précité.
[2] V., P. Hoang, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, p. 1458.
[3] Cass., com. 24 mai 2005, rejet n° 04-11.875.
[4] Cass., com. 8 janvier 2008, rejet n° 03-13.319, *Rev. proc. coll.* 10/2008, n° 4, comm.169, note A. Martin-Serf.
[5] Cass., com. 27 mars 2012, rejet n° 10-20.077, précité.
[6] V., Cass., com. 17 mars 2004, cassation n° 01-15.969 ; Cass., com., 22 mars 2005, cassation n° 03-12.922, précité ; Cass., com., 7 février 2012, rejet n° 10-28.757 et 11-10.252.
[7] Cass., com. 11 décembre 2012, cassation n° 11-25.795, précité.

Alors uniquement, la responsabilité se « débloque » et le concours, cause du préjudice devient fautif. Ce déblocage prouve encore la fonction protectrice de la responsabilité civile pour garantir l'efficacité juridique du droit des procédures collectives.

2 : Le « fait des concours » : le fait d'une chose ?

Irresponsabilité du fait des concours et responsabilité du fait des choses. Cette irresponsabilité de plein droit « du fait des concours », sauf s'il sont « en eux-mêmes fautifs » ne laisse-t-elle pas penser, du moins dans les termes pour l'instant, au « fait de la chose » tel qu'il ressort de l'article 1242, alinéa 1er du Code civil[2]. D'où la question, sans doute saugrenue, de savoir si l'on peut envisager une irresponsabilité du fait des choses de la procédure collective ?

En droit commun[3], la responsabilité du fait des choses n'implique pas l'intervention directe du gardien dans le processus dommageable. Mais, cela ne signifie pas pour autant que l'exigence de causalité soit écartée, car le fait de la chose, « c'est une intervention causale de celle-ci dans la réalisation du dommage[4] ». Ce fait de la chose ne sera donc générateur de responsabilité qu'autant qu'il sera la cause du dommage. On cherchera alors un fait actif de la chose.

Or, la formulation employée par l'article L. 650-1 du Code de commerce pourrait nous amener à considérer l'absence de responsabilité comme celle issue du fait des concours consentis, entendus comme fait de la chose. Le cas échéant, l'utilité de l'article L. 650-1 serait remise en question. Et ce, d'autant plus que la consécration d'un droit au crédit pour les professionnels rendrait ce système d'irresponsabilité pour soutien abusif inconsistant[5].

---

[1] P. Hoang, « Les actions de droit commun du coemprunteur in bonis emportées dans la spirale de l'irresponsabilité du prêteur », *Rev., proc. coll*. 2014, n° 2, étude 7, p. 17.

[2] Cet article dispose qu'« on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

[3] V., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 345 et s., p. 229 et s. ; G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 627 et s., p. 773 et s. ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, *op. cit.*, n° 7690 et s., p. 1972 et s. ; Ph. Brun, « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses », *RTD civ.* 2010, p. 487 ; J.-S. Borghetti, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p. 1.

[4] G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 661, p. 817.

[5] V., *supra* « L'adaptation par le droit au crédit ».

D'ailleurs, l'éviction du principe de responsabilité, par faveur pour les responsables, sauf s'il est rapporté la preuve de fautes, est connue du droit commun de la responsabilité civile[1].

Conditions. Pour reconnaître une irresponsabilité du fait des concours consentis par un créancier, lorsque le débiteur est placé en procédure collective, celle-ci doit obéir à plusieurs conditions.

La première est liée à la chose, le concours. Le terme concours n'a pas une signification claire. S'il consiste « en une aide, une assistance, une participation, une contribution[2] », sa qualification juridique semble se tourner vers celle d'un bien incorporel. En effet, « sont au premier chef visés par le terme « concours » les prêts, ouvertures de crédits de toutes natures, autorisations de découvert, augmentations de crédit (…) Sont également concernés les crédits inter-entreprises, (…) les crédits-fournisseurs. Le concours doit par ailleurs être entendu comme étant non seulement l'opération par laquelle l'aide est accordée, mais encore celle par laquelle elle est maintenue[3] », le concours paraît concerner des choses tant corporelles qu'incorporelles, et partant suivre le régime juridique des choses incorporelles.

Or, il nous paraît difficile de classer le concours, chose immatérielle, dans l'ordre des choses susceptibles de faire l'objet d'une responsabilité[4]. Une chose incorporelle ne peut pas causer de dommage sans intervention humaine, d'où le fondement jusqu'alors de la responsabilité pour soutien abusif à savoir l'ancien article 1382 du Code civil. De plus, pour les détracteurs d'une telle extension, celle-ci « susciterait sans doute plus de difficultés qu'elle n'en résoudrait, en soumettant ces « choses » d'un genre si particulier à un régime juridique qui n'est en rien adapté à leur spécificité[5] ». « Il suffit pour se convaincre (…) d'imaginer jusqu'où conduirait le raisonnement qui prétendrait abolir toute distinction à cet égard entre le monde

[1] L'alinéa 2 de l'article 1242 du Code civil dispose : « toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable ».

[2] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v. Concours.

[3] J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2006, p. 1743.

[4] V., G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 635, p. 789, pour qui « tout objet corporel entre *a priori*, dans les prévisions de l'article 1384, alinéa 1er ».

[5] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 359, p. 237.

matériel et le monde immatériel (…) Ce ne serait pas raisonnable[1] ». Pourtant, l'article 1242, alinéa 1er, ne distingue pas selon la matérialité de la chose et la question d'une intégration de la chose incorporelle dans le domaine de cet article se pose concrètement et les réponses apportées sont convaincantes[2].

Il faut ensuite un fait actif de la chose. Or, ce fait ne s'entend pas comme l'implication de cette chose dans la réalisation du dommage. Ce n'est pas un simple fait qui est requis, mais un fait défectueux, anormal, propre à expliquer la survenance du dommage. Beaucoup d'hypothèses sont donc susceptibles d'expliquer le fait de la chose : le vice interne, sa position, son comportement, sans qu'un fait autonome ne soit exigé. Or, il faut voir dans le fait des concours consentis, des « en eux-mêmes fautifs[3] ». Pour la doctrine[4], cette condition posée par la jurisprudence alourdie la charge probatoire du demandeur en rendant applicable la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de l'article L. 650-1 du Code de commerce, facilitant la caractérisation du préjudice ainsi que du lien de causalité. Donc, seule compte la faute dans l'octroi du crédit et son lien de causalité avec le préjudice subi par les créanciers. Or, ces concours, qui doivent être « en eux-mêmes fautifs », évoquent le fait actif de la chose.

Si ces concours sont en eux-mêmes fautifs, ils sont susceptibles d'engager la responsabilité du créancier. En outre, en droit commun, le responsable du fait de la chose est celui qui en a la garde, c'est à dire l'usage, la direction et le contrôle[5]. Comment peut-on disposer de ces pouvoirs à l'encontre d'une chose immatérielle ? Le créancier, même s'il n'en est pas l'initiateur ni le bénéficiaire, crée le concours, il contrôle sa validité, veille à son respect, il peut donc selon nous être tenu pour le gardien de la chose incorporelle. D'ailleurs, « ce qui compte n'est pas tant le maniement purement matériel de la chose que le pouvoir d'en surveiller et d'en contrôler ce maniement et, partant, le pouvoir d''éviter que la chose ne cause des dommages[6] ».

---

[1] A. Lucas, « La responsabilité civile du fait des choses immatérielles », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle - Mélanges offerts à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 817, spécialement p. 821.

[2] V., E. Tricoire, « La responsabilité du fait des choses immatérielles », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 983 ; G. Danjaume, « La responsabilité du fait de l'information », *JCP G* 1996, I, p. 3895 ; N. Dissaux, « La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé », *AJCA* 2014, p. 60.

[3] V., Cass., com. 28 juin 2016, rejet n° 14-23.838.

[4] V., les commentaires sous Cass., com. 27 mars 2012, rejet n° 10-20.077, précité.

[5] Ch., réun. 2 décembre 1941, renvoi, *D.* 1942, I, p. 25, note G. Ripert.

[6] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis droit, 3e éd. 2013, p. 251.

Enfin, il faut établir le rôle causal du concours dans les dommages liés à la défaillance du débiteur. Il faut établir le « fait des concours », c'est à dire s'il a été « la cause génératrice du dommage », s'il « a été, ne fût-ce que pour partie, l'instrument du dommage », ou s'il « a eu un rôle actif ou un rôle purement passif »[1]. Le concours étant une chose inerte, s'ouvre alors deux possibilités.

La première est qu'il y aura responsabilité si un contact est établi entre le concours et le demandeur. Or, peut-on considérer qu'il y ait contact lorsqu'une caution subit un préjudice économique du fait de la prise de garanties disproportionnées ? Il a déjà été répondu positivement à cette interrogation, car « le contact entre l'information et la personne est établi par la lecture[2] ». Dans ce cas, la victime n'a pas d'autre preuve à apporter, quant au gardien il peut renverser cette présomption par la preuve d'une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure[3].

La seconde à laquelle nous adhérons concerne l'absence de contact entre la chose et le siège du dommage. Dans cette hypothèse, la présomption de causalité ne joue pas au profit de la victime, elle doit fournir la preuve ce qui aggrave sa situation[4] qui exige la démonstration « soit de la position anormale de la chose, soit d'un comportement anormal[5] ». La tâche qui incombe à la victime dans cette hypothèse ne dérogerait pas avec la philosophie de l'article L. 650-1 du Code de commerce, de ne pas décourager les apporteurs de crédit aux entreprises.

Fondement. La politique juridique de la procédure collective permet d'intégrer du droit de la responsabilité civile là où une rupture d'équilibre des intérêts contrevient à l'efficacité juridique. Or, lors d'un concours, l'intérêt réel, qui vise à atteindre les finalités des procédures collectives, est celui pour le créancier de fournir un soutien à l'entreprise afin de poursuivre l'exploitation. Quant à l'intérêt virtuel, c'est à dire l'avantage personnel procuré, il ne serait plus constitué par celui du créancier qui, bien que soumis à une discipline collective, agira dans son intérêt personnel[6] ; mais dans l'intérêt pour le créancier, de ne pas voir son débiteur entrer en procédure collective peu important le mobile. Il s'avère donc que l'intérêt virtuel obéisse ici aussi à l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, de sorte que le droit de la responsabilité civile, mis à son service, n'interviendra pas. Il n'y a donc, par

---

[1] V., G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 661, p. 817.
[2] G. Danjaume, « La responsabilité du fait de l'information », *JCP G* 1996, I, p. 3895.
[3] V., G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 667, p. 821.
[4] V., G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 671, p. 824.
[5] G. Viney *et. al. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 674, p. 829.
[6] V., *supra* « Ces intérêts appliqués pour rechercher la responsabilité du créancier souteneur ».

principe, aucune rupture d'équilibre, et le fondement de cette irresponsabilité repose sur le fait de la chose. Le garant de la mise en place et du maintien cet équilibre est le créancier.
Nous aurions alors une irresponsabilité du fait des choses liées à la procédure collective au côté du principe général de responsabilité du fait d'autrui et des choses.

Conclusion du chapitre

La mutation de la responsabilité civile par l'effet de la procédure collective modifie la façon d'appréhender ses conditions fondamentales. Que ce soit la faute, le préjudice ou le lien de causalité. Or, l'ouverture d'une procédure collective impose aux créanciers une discipline elle-même collective. Afin de la garantir, c'est le mandataire qui représente l'intérêt collectif des créanciers et agira en son nom.
Une première distinction, à propos de la faute, s'impose. Soit la faute a entraîné un préjudice collectif soit un seul créancier se prévaut d'un préjudice qui lui est personnel. Le premier cas nécessite la preuve d'une faute aggravée de gestion, le second celle d'une faute particulièrement anormale. Pour la faute aggravée de gestion, l'étude de la faute en droit des procédures collectives nous a montré son caractère insaisissable, tantôt qualifiée de faute lourde, tantôt de faute grave pour que soit finalement retenue la qualification « simple » de faute de gestion, que ce soit pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ou l'action en responsabilité pour cessation des paiements. Elle correspond à l'élément matériel de la responsabilité, qui possède donc un double aspect, elle est objective dans sa commission et dans son indemnisation, ce qui est la conséquence de préjudices eux-mêmes objectifs. Ce qui tend donc à objectiver l'intérêt civilement protégé. C'est donc une faute fondée sur un critère objectif, l'aggravation de la lésion des intérêts. Pour la faute particulièrement anormale, qui s'assimile à une faute lourde, le critère à l'origine organique, qui définissait cette faute a laissé place à une définition subjective, car l'incompatibilité, qui permet de la détacher du cadre des fonctions est la conséquence de ses caractéristiques intrinsèques, à savoir la particulière gravité et l'intentionnalité. Cette subjectivation renforce *de facto* le déclin de la responsabilité du dirigeant puisque sa responsabilité ne peut être engagée par un tiers non associé à l'encontre d'un dirigeant de droit ou de fait d'une société mise en procédure collective, toujours pour des faits antérieurs à l'ouverture de la procédure, que s'il prouve un préjudice personnel, c'est à dire la lésion d'un intérêt qui lui est personnel distinct donc de l'intérêt collectif, résultant d'une faute séparable.

La seconde distinction concerne le dommage et le préjudice. La politique juridique de la procédure collective est fondée sur l'intérêt, ce qui signifie que le fondement de l'intervention du droit de la responsabilité civile dans ce cadre est la rupture d'équilibre entre les intérêts de la procédure collective. Or, pour garantir l'efficacité juridique de la procédure collective, l'utilisation de la responsabilité civile nous conduit à ne prendre en considération que deux types d'intérêt, l'intérêt réel et l'intérêt virtuel. Ce sont ces deux intérêts qui nous persuadent de l'intégration nécessaire de la distinction entre le dommage et le préjudice en droit des procédures collectives. En effet, si on considère le dommage comme induit par l'ouverture d'une procédure collective, il n'est pas réparable en soi, aucune faute n'ayant été commise. Mais, le cas échéant, La faute fait évoluer le dommage en préjudice. C'est le cas en pratique pour la cessation des paiements et l'insuffisance d'actif. En conséquence, si ces préjudices possèdent les caractères du droit commun, l'effet de la procédure collective apporte une distinction supplémentaire entre celui qui est collectif et holiste et celui personnel et distinct. La conséquence est, pour l'insuffisance d'actif et la cessation des paiements, leur qualification de préjudices économique purs.

En outre, à propos du lien de causalité, l'usage du droit de la responsabilité civile se veut résolument pragmatique. Le droit des procédures collectives a pris parti pour la théorie de l'équivalence des conditions, ce qui est en accord avec le rôle de la responsabilité civile dans la garantie de l'efficacité juridique

S'il peut laisser perplexe[1] quant au choix dont il fait l'objet, il s'explique par la politique juridique de la procédure collective et le rôle que le droit de la responsabilité civile possède en tant que garant de son efficacité juridique. S'agissant du lien de causalité des actions en responsabilité pour insuffisance d'actif et pour cessation des paiements, il réside dans l'expression « ayant contribué ». S'il est une application de la théorie de l'équivalence des conditions, celle-ci est limitée à la fois par le principe de proportionnalité et par le principe d'appréciation du juge quant à la réparation du préjudice économique pur. En droit de l'environnement, le lien de causalité nous fait douter d'une part de la nécessité des conditions tenant à la liquidation judiciaire et à l'insuffisance d'actif, car la faute caractérisée de la société mère n'aboutit pas à sa réparation. D'autre part de la possibilité de cumuler cette action avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Aussi, comme la qualification du lien de causalité dépend du degré de la faute en droit des procédures collectives, la faute de

[1] Un amendement, présenté en 2005, préconisait de revenir aux principes généraux de la responsabilité civile. Rejeté, il aurait permis de d'aligner l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif sur un squelette connu. V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 922.41, p. 2641.

l'article L. 631-10-1 du Code de commerce est, comme, celle de l'article L. 651-2, une faute aggravée de gestion, de sorte que le lien de causalité dans l'hypothèse d'une conversion devrait être présumé. Pour les créanciers souteneurs, la réforme du soutien abusif marque une évolution certaine du droit du crédit, dans la mesure où elle limite le risque juridique encouru par les banques pour encourager la prise de risque économique qui consiste à apporter un soutien financier à une entreprise en difficulté[1]. Pour ces créanciers, le lien de causalité réside dans le « fait des concours ». Or, en 2012 la jurisprudence est venue dire que ces concours devaient être « en eux mêmes fautifs », ce qui tend à rapprocher son régime de celui de l'irresponsabilité du fait des choses.

Chapitre 2 : L'incidence sur le déclenchement de l'action en responsabilité civile

La politique juridique de la procédure collective implique l'intervention du droit de la responsabilité civile. Le lien qui se crée alors possède une incidence sur le régime de ce droit et le fait évoluer. Mais la conséquence tient aussi en une incidence sur ses conditions de forme. Celles-ci impliquent l'étude des actions en responsabilité au contact de la procédure collective (**Section 1**), ce qui donnera une assise pratique à l'effet de la procédure collective sur la finalité de la responsabilité civile, à savoir de rechercher un équilibre entre différents intérêts, pour protéger son efficacité juridique. L'évolution de la nature formelle impliquera aussi la mise en œuvre et la garantie du respect de cet équilibre par l'assurance (**Section 2**).

Section 1 : Les actions en responsabilité intrinsèques à la procédure collective

Si l'on recense les actions de la procédure collective dont le squelette est issu du droit de la responsabilité civile, nous pouvons en relever trois : l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (**Paragraphe 1**), l'action en responsabilité pour cessation des paiements (**Paragraphe 2**) et l'action menée contre la société mère pour faute caractérisée qui a contribué à l'insuffisance d'actif de sa filiale (**Paragraphe 3**). D'autres actions sont

[1] D. Caramalli, « Réforme du soutien abusif de crédit : le point de vue du praticien », LPA, 18 avril 2005, n° 76, p.6.

susceptibles d'être intentées, mais qui ne sont pas spécifiques à la procédure collective, elles ne nous intéresseront pas ici.

Paragraphe 1 : Le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Étudions successivement pour cette action le cadre objectif (**A**) et subjectif (**B**).

A : Le cadre objectif

Le cadre objectif à trait à aux compétences matérielle (**1**) et territoriale (**2**), ainsi qu'aux questions relatives à la prescription (**3**) et à la transaction (**4**)

1 : La compétence matérielle

Juridiction commerciale ou civile. Le tribunal compétent dans le cadre de la responsabilité pour insuffisance d'actif « est celui qui a ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire[1] ». Or, il peut s'agir, selon les termes de l'article L. 621-2 du Code de commerce[2], soit du tribunal de commerce « si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale », soit le tribunal de grande instance « dans les autres cas ». Sachant que ces cas impliquent que le débiteur ne soit « ni commerçant ni immatriculé au répertoire des métiers[3] ». Cette solution est logique d'une part puisqu'elle tend à prouver le lien qui unit le droit de la responsabilité civile à celui des procédures collectives, qui sont « indissociables[4] » selon les termes de Mme Pérochon. Et d'autre part car tous les éléments, toutes les pièces contenues au dossier serviront pour apprécier si une faute a été commise, et partant si la responsabilité peut être engagée.

Incompétence de la juridiction répressive. Possédant le squelette d'une action en responsabilité civile, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut pas être de la

[1] Article R. 651-1 du Code de commerce.
[2] Article applicable à la liquidation judicaire par renvoi de l'article L. 641-1 du Code de commerce.
[3] Article R. 211-4, 8°, du Code de l'organisation judiciaire.
[4] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1688, p. 778.

compétence du juge pénal[1]. En effet, il ressort par exemple de la jurisprudence que « l'action civile fondée sur des abus de biens sociaux et des faits de banqueroute est distincte de l'action en comblement de passif. Les juges ne sauraient condamner les auteurs de faits de banqueroute et d'abus de biens sociaux au paiement du passif social[2] ».

Compétence partagée lorsque l'action est dirigée contre l'État ou une collectivité territoriale. S'il s'agit d'un service public administratif, la responsabilité de la collectivité publique qui a participé à la direction de la structure ne peut être recherchée que devant le juge administratif. Par contre, si le service est industriel ou commercial, la juridiction judiciaire est toujours compétente, que l'action vise la collectivité prise en qualité de dirigeant de droit ou de dirigeant de fait[3]. Telle est la solution retenue par le Tribunal des conflits suite à l'avis du Commissaire du gouvernement Chauvaux[4].

Nouveautés issues de la loi du 6 août 2015. Pour les procédures ouvertes à compter du 1er mars 2016[5], s'agissant de la compétence particulières à certains tribunaux de commerce, les professionnels doivent se référer à l'article L. 721-8 du Code de commerce. Or, cet article est susceptible de posséder une incidence sur l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif car des tribunaux de commerce spécialisés[6] ont à connaître, dans le cadre de l'article L. 621-2, de la procédure de liquidation judiciaire si le débiteur répond à des critères stricts[7].

---

[1] V., C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1422, p. 894.
[2] Cass., crim. 5 août 1998, cassation n° 97-84.431, *Rev. sociétés* 1999, p. 175, note B. Bouloc ; *RSC* 1999, p. 334, note J.-F. Renucci.
[3] V., D. Chauvaux, « Exercice de l'action en comblement de passif à l'encontre d'une collectivité publique », *RJDA* 2/2007, p. 119.
[4] T. confl. 20 novembre 2006, n° 3570, *Me André ès. qual. c/ Commune d'Alès*, *Dr. sociétés* juin 2007, n° 6, note J.-P. Legros ; *RJDA* 2/2007, p. 119, note D. Chauvaux.
[5] Article 231 de la loi du 6 août 2015.
[6] La liste de ces tribunaux fut fixée par le décret n° 2016-217 du 26 février 2016 fixant la liste et le ressort des tribunaux de commerce spécialisés. Sont ainsi créés 18 tribunaux de commerce et concerne les juridictions de Bobigny, Bordeaux, Dijon, Evry, Grenoble, Lyon, Marseille, Montpellier, Nanterre, Nantes, Nice, Orléans, Paris, Poitiers, Rennes, Rouen, Toulouse et Tourcoing.
[7] En réalité cette disposition ne concernera que les entreprises les plus importantes et les groupes : « a) Une entreprise dont le nombre de salariés est égal ou supérieur à 250 et dont le montant net du chiffre d'affaires est d'au moins 20 millions d'euros ; b) Une entreprise dont le montant net du chiffre d'affaires est d'au moins 40 millions d'euros ; c) Une société qui détient ou contrôle une autre société, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, dès lors que le nombre de salariés de l'ensemble des sociétés concernées est égal ou supérieur à 250 et que le montant net du chiffre d'affaires de l'ensemble de ces sociétés est d'au moins 20 millions d'euros ; d)

À l'origine, ces tribunaux furent créés dans le souci de servir l'efficacité juridique de la procédure collective, car le recours « permettra de trouver plus rapidement et dans un plus grand nombre de cas des solutions pérennes pour la sauvegarde de l'emploi dans les entreprises concernées[1]». Or, il ne faut pas se méprendre, cela ne signifie pas que les tribunaux « non spécialisés » ne permettent pas de trouver ces solutions, ni que les petites structures ne méritent pas que l'emploi soit sauvegardé. Le terme « spécialisé » ne doit pas faire uniquement référence aux affaires complexes au delà d'un certain seuil, même s'il est évident que plus la structure est importante, plus les répercussions en cas de défaillance sur le bassin de l'emploi ou le développement économique d'une région peuvent être désastreuses. Il doit aussi s'entendre pour les tribunaux « « éloignés du territoire », notamment des salariés[2] ».

Saisine du tribunal. Dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, le tribunal est saisi par voie d'assignation[3] émanant de l'organe compétent. Le ministère public, qui participe à l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, doit néanmoins avoir communication « des causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux[4] ». La sanction encourue en cas de défaut est l'annulation du jugement[5]. Lorsque la demande émane du ministère public, il doit présenter au tribunal « une requête indiquant les faits de nature à motiver cette demande[6] ». S'ensuit alors la convocation du débiteur par le président du tribunal par lettre recommandée avec demande d'avis de réception[7]. Dans l'hypothèse où la convocation revient au greffe sans avoir atteint son destinataire, « il incombe au greffier d'inviter le ministère public, demandeur à l'instance, à procéder par voie de signification[8] ».

Une société qui détient ou contrôle une autre société, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, dès lors que le montant net du chiffre d'affaires de l'ensemble de ces sociétés est d'au moins 40 millions d'euros ».

[1] X. Delpech, « Publication de la liste et du ressort des tribunaux de commerce spécialisés en matière de procédures collectives », *Dalloz actualité* 4 mars 2016. L'auteur cite l'étude d'impact réalisé à l'occasion

[2] Compte rendu n° 18 de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance et l'activité, 17 janvier 2015, p. 6.

[3] Article R. 651-2 du Code de commerce.

[4] Article 425, 2°, du Code de procédure civile.

[5] Cass., com. 15 mars 2005, rejet n° 02-13.415.

[6] Article R. 631-4 du Code de commerce.

[7] Pour un examen détaillé, v., A. Diesbecq, « Conditions procédurales de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif – (C. com., art. L. 651-2 : quelques conseils pratiques), *Rev. proc. coll*. 2012, n° 4, p. 1.

[8] Avis n° 16003 du 4 avril 2016 rendu par la Cour de cassation suite à la demande n° 16-70.001.

Voies de recours. Le dirigeant condamné à contribuer à l'insuffisance d'actif peut interjeter appel, voire former un pourvoi en cassation[1]. Le ministère public, pour une décision rendue en matière de responsabilité et de sanctions peut aussi interjeter appel ; il ne sera pas suspensif[2]. En outre, en vertu de l'article R. 661-1 du Code de commerce, les jugements et ordonnances rendus dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne sont pas exécutoires de plein droit à titre provisoire ; contrairement au droit commun, ce qui a pu amener les juges à utiliser la justification selon laquelle lorsque l'exécution du jugement est de nature à compromettre la continuité de l'exploitation cette exécution doit être suspendue[3]. L'exclusion de l'exécution provisoire de l'article L. 651-2 du Code de commerce est justifiée pour la doctrine car « très utile pour l'intéressé et sans inconvénient pour le débiteur et ses créanciers[4] », et puisque la nature des décisions rendues dans ce cadre ne requièrent pas la même urgence dès lors qu'elles ne concourent pas directement au déroulement et à l'issue de la procédure collective ouverte[5].

Selon nous, en vertu de la politique juridique de la procédure collective le jugement ordonnant le comblement de l'insuffisance d'actif devrait être exécutoire, ce qui rendrait le rôle du droit de la responsabilité civile beaucoup plus prégnant, renforçant sa fonction protectrice de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives. Mais si tel n'est pas le cas, ce rôle n'est pas pour autant fictif vu la possibilité laissée au président du tribunal d'ordonner des mesures conservatoires.

Enfin, selon l'article R. 661-2 du Code de commerce, sauf dispositions contraires, l'opposition et la tierce opposition sont formées ici « par déclaration au greffe dans le délai de dix jours à compter du prononcé de la décision ».

2 : La compétence territoriale

Peu importe le lieu du domicile du défendeur. Le tribunal de la faillite est compétent pour connaître de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Donc, du fait du caractère indissociable de cette action et de la procédure collective, « la part du passif social mis à la charge du dirigeant (…) relève de la compétence du tribunal qui a ouvert la

---

[1] Articles 543, 605 et suivants du Code de procédure civile.
[2] Article L. 661-11 du Code de commerce.
[3] V., *supra* « L'application théorique des faits justificatifs en droit des procédures collectives ».
[4] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1695, p. 780.
[5] P. Hoonakker, « Dernières réformes de l'exécution provisoire : raison et déraison », *D.* 2006, n° 11, p. 754.

procédure collective, même à l'égard du dirigeant de nationalité étrangère et dont le domicile est à l'étranger[1] ». Le domicile du dirigeant importe donc peu[2].

3 : La prescription

Délai de trois ans. Le délai pour agir en ce qui concerne l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est de « trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire[3] », de sorte que, la date de commission des fautes de gestion est sans incidence[4]. Cette solution est une conséquence du non-cumul de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif avec l'action en responsabilité des dirigeants de société et celle de droit commun.

En outre, le dirigeant qui n'a pas acquitté les dettes mises à sa charge peut se voir prononcer par le tribunal, la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer[5], renforçant l'aspect punitif de cette action. Or, ces mesures se prescrivent aussi par trois ans à compter du jugement qui prononce l'ouverture de la liquidation judiciaire. Mais « vue la durée d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, le délai de trois ans va passer très vite[6] », il est donc conseillé, puisque les délais de prescription sont alignés, de prévoir une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer dans le même temps que l'action pécuniaire, sinon la mesure ne pourra être prononcée[7].

Enfin, lorsque la situation fait apparaître plusieurs débiteurs, ce qui est le cas pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif puisque dirigeant de droit et de fait peuvent être condamnés à combler l'insuffisance d'actif, le droit commun commande que « les poursuites

---

[1] Cass., com. 5 mai 2004, rejet n° 01-02.041, *D.* 2004, n° 25, p. 1796, note J.L. Vallens et n° 29, p. 2145 note C. Henry ; *Act. proc. coll.* 2004, n° 156, note J.-Ph. Dom ; *JCP E* 2004, n° 36, p. 1249, note S. Reifergeste ; *RTD com.* 2004, n° 7, p. 601, note C. Mascala ; *Bull. Joly* 2004, p. 1349, note M.-H. Monsèrié-Bon ; *Rev. sociétés* 2004, p. 715, note P.-M. Le Corre ; *LPA* 8 juillet 2005, n° 135, p. 14, note L.-C. Henry ; *Rev. crit. DIP* 2005, P. 104, note D. Bureau.

[2] Cass., com. 14 mars 2000, rejet n° 97-12.684, *Dr. sociétés* 2000, n° 6, p. 89, note Y. Chaput ; *RTD com.* 2000, p. 468, note J.-L. Vallens ; *Bull. Joly* 2000, n° 132, note M. Menjucq ; *Rev. proc. coll.* 2003, p. 165, n° 8, note A. Martin-Serf.

[3] Article L. 651-2, alinéa 3, du Code de commerce

[4] Cass., com. 8 avril 2015, rejet n° 13-28.512, *Rev. sociétés* 2015, p. 406, note L.-C. Henry ; *Act. proc. coll.* 2015, alerte 130 ; *Bull. Joly* 2015, p. 307, note M. Laroche ; *BJE* 2015, n° 5, p. 305, note J.-P. Sortais.

[5] Article L. 653-6 et L. 653-8 du Code de commerce.

[6] C. Delattre *et al.,* « Responsabilité des dirigeants », *BJE* novembre 2012, n° 6, p. 419.

[7] V., CA Versailles, 13e ch. 24 septembre 2015, n° 15/03435, précité.

faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous[1] ». Or, cette règle n'a pas vocation à s'appliquer ici, puisque selon la Haute juridiction « aucune solidarité n'existe entre les dirigeants de droit et de fait d'une même personne morale au regard de l'action en paiement de l'insuffisance d'actif de celle-ci[2] », le juge ayant seulement la faculté de dire que les condamnations seront exécutées avec ou sans solidarité. Donc, l'action en paiement de l'insuffisance d'actif, engagée dans le délai légal contre un dirigeant, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres dirigeants, qu'ils soient de droit ou de fait. Cette mesure, favorable aux dirigeants[3], est en accord avec la politique juridique de la procédure collective.

4 : La transaction

Transaction impossible une fois la condamnation prononcée. Le principe veut qu'une fois la condamnation à contribuer à l'insuffisance d'actif prononcée, la transaction ne soit pas possible[4]. Qu'en est-il de la possibilité d'une transaction avant condamnation ? Aucun texte, aucune jurisprudence ne semble l'interdire, rendant cette hypothèse envisageable[5]. La transaction est prévue à l'article L. 642-24 du Code de commerce. Or, ce texte nous apprend que la transaction intéresse « toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers » et que son objet est « une valeur ». En conséquence, il nous paraît que la transaction qui inclurait des dispositions relatives au ministère public, à la faillite personnelle ou à l'interdiction de gérer, soit nulle, puisqu'elle ne concerne pas l'intérêt collectif des créanciers. D'où la question de savoir si la transaction peut inclure des dispositions relatives à l'action pécuniaire en insuffisance d'actif ? Une réponse positive s'impose[6].

---

[1] Article 1206 du Code civil.

[2] V., Cass., com. 7 novembre 2006, rejet n° 05-16.693, *D.* 2006, p. 2910, note A. Lienhard ; *Gaz. proc. coll.* 2007/1, p. 49, note T. Montéran ; *Act. proc. coll.* 2006, n° 253, note C. Régnaut-Moutier ; *Bull. Joly* 2007, n° 3, p. 359, note F.-X. Lucas ; *Rev. proc. coll.* 2007/2, p. 86, n° 8, note A. Martin-Serf ; *RD. banc. et fin.* 2006, n° 6, p. 209, note F.-X. Lucas ; *Dr. sociétés* 2007, n° 3, note J.-P. Legros.

[3] V., C. Saint-Alary-Houin, « La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté », *Rev. proc. coll.* Juillet 2001, n°1, P. 150.

[4] V., Cass., com. 15 mars 2005, cassation n° 03-19.488, *Gaz. proc. coll.* 2005/2, p. 52, note T. Montéran.

[5] V., C. Delattre, « Quelques précisions sur la notion de transaction en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 5, étude 35.

[6] V., C. Delattre, « Périmètre d'une transaction en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, focus 1.

Alors, si la transaction possède de nombreux intérêts, il faut rester prudent quant au mobile, car l'assignation en responsabilité pour insuffisance d'actif pourrait devenir, pour reprendre les termes de M. Delattre, une « assignation pression », dont l'objectif sera d'obtenir une somme transactionnelle contre abandon de l'action dont l'issue est incertaine. Mais un point de vue différent peut être envisagé, qui contraste avec la solution précédente. Les juges du fond peuvent être confrontés à la question de l'homologation d'une transaction passée avec le dirigeant en passe d'être assigné en responsabilité pour insuffisance d'actif. Cette homologation est tout à fait possible. En effet, selon la cour d'appel de Toulouse, « l'action de l'article L. 651-2 du Code de commerce, bien que présentant un caractère d'ordre public avec pour conséquence que les condamnations au paiement des dettes sociales prononcées en application de ce texte ne peuvent faire l'objet d'une transaction, est essentiellement à l'initiative du mandataire ou du liquidateur à qui il revient d'estimer les chances de réussite d'une telle action dans l'intérêts des créanciers[1] ». Or, il n'est plus question ici de pression exercée par le liquidateur, les juges estimant au contraire hypothétique les chances de réussite de cette action.

Voici donc les solutions pour le cadre objectif de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, qu'en est-il du cadre procédural subjectif ?

B : Le cadre subjectif

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est une action attitrée (**1**) dont la liste des défendeurs est aussi restrictives (**2**).

1 : Une action attitrée

Suppression de la saisine d'office. À l'occasion de l'adoption de la loi de sauvegarde en 2005, la saisine d'office du tribunal a été supprimée, suivant en cela une préconisation de la Cour de cassation datant de 2002. Si cette modification « paraît incompatible avec la philosophie de la présente réforme (…) et paraît contraire au droit à un procès équitable », cette suppression trouve sa contrepartie « dans le fait que le ministère public, mieux informé qu'auparavant, se trouve en situation de provoquer de telles sanctions »[2]. Finalement cette

[1] CA Toulouse, 2e ch. 2e sect. 2 juillet 2013, n° 12/01788.

[2] V., rapport n° 335 fait sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, par J.-J. Hyest, p. 451.

suppression s'inscrit dans le cadre du respect « de la partialité et d'indépendance de la juridiction[1] ».

Saisine par le ministère public. L'article L. 651-3 du Code de commerce prévoit la saisine du tribunal par le ministère public. Le rôle d'initiative du parquet est remarquable[2] et fondé, car tous les dérèglements au sein des échanges commerciaux compromettent les échanges sociaux et intéressent l'ordre public[3], donc le ministère public, représentant l'intérêt général.

Dans l'hypothèse où le ministère public n'agit pas, peut-on imaginer des hypothèses pour « le forcer » à intenter l'action ? Le droit pénal prévoit des moyens de substitution face à la carence du ministère public, la victime agit alors par voie d'action, soit par citation directe soit par plainte avec constitution de partie civile[4]. Mais ces actions sont réservées à la juridiction répressive, donc on ne peut pas passer outre l'inaction du ministère public, ce qui n'est pas gênant en soit car une alternative est possible. En effet, une seconde personnalité peut saisir le tribunal.

Saisine par le liquidateur. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, applicable uniquement en liquidation judiciaire, peut être intentée, conformément aux dispositions de l'article L. 651-3 du Code de commerce, par le liquidateur judiciaire[5]. Or, il ne faut pas croire que, parce que nous sommes dans le cadre d'une action pécuniaire, celle-ci soit « réservée » par préférence au liquidateur. En outre, du fait de la restriction du nombre de demandeurs à l'action, le liquidateur judiciaire doit pouvoir l'exercer sans contrainte puisque la demande exclut tout intérêt personnel à agir[6]. Or, l'inaction du liquidateur, « soit parce qu'il ne le souhaite pas, soit parce que le juge-commissaire est défavorable à la saisine du

---

[1] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1420, p. 893.

[2] D'autant plus qu'il ne concerne pas uniquement l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

[3] V., J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, *op. cit.,* p. 16.

[4] V., B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2é^e^ éd., n° 333 et s., p. 297 et s.

[5] L'exercice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif par le liquidateur judiciaire ne prive pas le juge-commissaire de son pouvoir de désigner un technicien, comme un expert-comptable « chargé de déterminer la date de la cessation des paiements et d'examiner les conditions d'exploitation de l'entreprise ». V., Cass., com. 13 septembre 2016, cassation n° 15-11.174, *JCP E* 2016, n° 38, act. 743 ; *D.* 2016, p. 1814, note A. Lienhard.

[6] Cass., civ. 2e 4 juin 2009, cassation n° 08-11.019, *Gaz. Proc. coll.* 2010, n° 1, p. 45, note T. Montéran ; *Rev. proc. coll.,* mai 2010, n° 3, note A. Martin-Serf.

tribunal[1] », doit amener d'autres représentants de l'intérêt collectif des créanciers à agir, suite à une mise en demeure lui étant adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception restée infructueuse pendant deux mois à compter de la réception[2].

Saisine par les contrôleurs nommés. Les créanciers n'ont pas le droit d'agir directement contre le dirigeant de droit ou de fait, car l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est une action en réparation du préjudice collectif, exercée dans l'intérêt collectif des créanciers. Par conséquent, c'est par une voie subsidiaire que cette action pourra être intentée, par la majorité des créanciers nommés contrôleurs. Donc au moins deux contrôleurs doivent décider de pallier à la carence du liquidateur, et deux contrôleurs doivent adresser la mise en demeure évitant ainsi l'exercice de l'action dans un intérêt individuel[3]. Or, en pratique l'intérêt collectif peut se limiter en réalité à l'intérêt personnel[4]. En effet, voici une cliente d'une entreprise qui a conclut avec cette dernière une promesse de vente sous condition suspensive d'obtenir un permis de lotir, moyennant le prix de 490.000 euros. Une procédure de liquidation judiciaire fut ouverte et la cliente ainsi que son avoué, seuls créanciers, sont nommés contrôleurs. Face à l'inaction du liquidateur, ils assignent dans les formes les dirigeants sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce. S'agissant de la recevabilité de l'action, la cour d'appel de Lyon a répondu par la positive, sous conditions de caractériser une faute de gestion, un préjudice et un lien de causalité et de respecter le principe de proportionnalité. Or, si les contrôleurs agissent dans l'intérêt collectif, on peut se demander si cet intérêt est réellement présent en l'espèce. Sans doute faudrait-il, au delà du nombre de créanciers susceptible de caractériser l'intérêt collectif, s'intéresser aussi, et peut-être surtout, au montant de la créance, car il n'est pas douteux qu'une créance représentant la totalité du passif, ou presque, annihile le caractère collectif de l'intérêt.
Aussi, dans l'hypothèse où il y aurait quatre contrôleurs, au moins trois devraient saisir le tribunal et seulement deux pourrait mettre en demeure le liquidateur[5]. Par contre, si le contrôleur s'abstient de mettre en demeure le mandataire judiciaire dans les formes prévues à l'article R. 651-4 du Code de commerce, son action devient irrecevable[6].

---

[1] C. Delattre *et al.,* « Responsabilité des dirigeants », *BJE* novembre 2012, n° 6, p. 419.
[2] Article. R. 651-4 du Code de commerce.
[3] V., CE, 6e sous-section, 25 juillet 2013, n° 353500, *Sté Kalkalit Nantes*, précité.
[4] V., CA Lyon, 3e ch. A, 22 juin 2012, n° 11/02168, précité.
[5] V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 921.31, p. 2590.
[6] CA Amiens, 4 mars 2009, *Rev. proc. coll.*, mai 2009, n° 3, note B. Soinne.

2 : Les défendeurs à l'action

La liste de l'article L. 651-1 du Code de commerce. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est exercée contre les « dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales et aux entrepreneurs individuels à responsabilité limitée ». S'agissant des dirigeants, l'article L. 651-2 envisage à la fois les dirigeants de droit et de fait[1].

Les dirigeants de droit[2]. Ce sont les personnes « régulièrement désignées pour gérer le groupement, sans en être les préposés[3] », peu important qu'ils soient rémunérés ou non[4]. Il peut s'agir d'une personne morale de droit public[5], d'un administrateur de société anonyme « bien qu'ils n'assument pas la direction générale de la société[6] », d'un dirigeant étranger, voire d'un incapable majeur[7]. Par contre, puisqu'il faut posséder des pouvoirs de direction pour être qualifié comme tel, cette qualité est exclue par exemple pour les commissaires aux comptes[8].

Les dirigeants de fait[9]. La qualification de dirigeant de fait, soumise au contrôle de la Cour de cassation[10], est utilisée en droit des procédures collectives pour protéger les tiers et lui faire supporter les aspects contraignants des fonctions sociales. Cette solution est justifiée car le gérant de fait est celui qui dirige une société, sans avoir été régulièrement investi par les organes de la société[11]. De même, la gestion de fait est caractérisée selon la jurisprudence par

---

[1] L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut être intentée que contre les dirigeants : v., Cass., com. 12 janvier 2016, cassation n° 14-23.359, précité.
[2] V., *supra* « La subjectivation de la faute séparable des fonctions ».
[3] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1681, p. 775. V., la liste dressée par l'auteure.
[4] V., rapport n° 335 fait sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, par J.-J. Hyest, p. 446. La sanction pécuniaire s'applique donc aussi au dirigeant bénévole puisqu'il a accepté une responsabilité qu'il doit assumer.
[5] T. confl. 20 novembre 2006, n° 3570, *Me André ès. qual. c/ Commune d'Alès*, précité.
[6] Cass., com. 31 mai 2011, rejet n° 09-67.661, précité.
[7] V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 921.12, p. 2575.
[8] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1402, p. 877.
[9] V., *supra* « La subjectivation de la faute séparable des fonctions ».
[10] Cass., com. 16 mars 1999, cassation n° 95-17.420, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 262, note A. Martin-Serf.
[11] D. Tricot, « Les critères de la gestion de fait », *D. et patrim.* janvier 1996, p. 24.

« l'immixtion, en toute souveraineté et indépendance, sous la seule réserve des contrôles légaux et statutaires s'imposant au gérant de droit, dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, par des actes positifs, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause[1] » ; solution influencée par la doctrine, notamment par la définition donnée par M. Rives-Lange, pour qui la caractérisation du dirigeant de fait comprend trois conditions cumulatives : « la personne poursuivie doit avoir eu une activité positive, une activité positive de direction, une activité positive de direction exercée souverainement, en toute liberté et indépendance[2] ». Il serait bien difficile, et sans réel intérêt, de dresser la liste des personnalités susceptibles d'être qualifiées de dirigeant de fait, tant ils viennent d'horizons divers[3]. Simplement nous pouvons relever que, et cela fera office de transition, l'artisan exerçant à titre individuel n'est pas une personne morale de droit privé de sorte que l'article L. 651-2 du Code de commerce ne peut lui être appliqué. En effet, dans une espèce, un artisan avait conclu avec une société un contrat de prestation de service. La liquidation judiciaire prononcée, le liquidateur assigna la société en réparation de l'insuffisance d'actif, la tenant pour dirigeant de fait de l'entreprise de l'artisan. Son pourvoi est rejeté au motif que « l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (…) ne peut être intentée par le liquidateur que contre les dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale de droit privé[4] », tel n'est pas le cas de l'artisan exerçant à titre individuel. Si cette décision suit parfaitement la lettre de la loi, il faut composer désormais avec la possibilité pour le tribunal, lorsque la liquidation judicaire a été ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée à laquelle un patrimoine est affecté, de « condamner cet entrepreneur à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif[5]. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté[6].

---

[1] CA Paris, 3 novembre 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 134, note Y. Guyon.

[2] J.-L. Rives-Lange, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *D.*, 1975, chron., p. 41.

[3] V., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1686, p. 777. Pour une liste plus détaillée, v., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 921.21 et s., p. 2578 et s. ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1403, p. 877 et s.

[4] Cass., com. 30 juin 2015, rejet n° 14-15.984, *Rev. sociétés* 2015, p. 546, note Ph. Roussel Galle ; *BJE* septembre 2015, n° 5, p. 307, note T. Favario ; *D.* 2015, p. 1485, note M. Lecène-Villemonteix.

[5] V., Ph. Roussel Galle, « Pas d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif si le débiteur exerce à titre individuel », *Rev. sociétés* 2015, p. 546, note sous Cass., com. 30 juin 2015, rejet n° 14-15.984, précité.

[6] Article L. 651-2, alinéa 2, du Code de commerce.

L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. L'ordonnance du 9 décembre 2010 a adapté à l'EIRL les règles relatives à la responsabilité pour insuffisance d'actif, de sorte qu'au cours de la procédure, celui-ci sera traité comme un dirigeant de personne morale qu'il n'est pas.

Le législateur a voulu traiter le patrimoine affecté et par là la protection des créanciers, dans des conditions proches de celui d'une personne morale. Il semble dès lors logique que cette personne physique soit responsable sur son patrimoine non affecté dans les mêmes conditions qu'un dirigeant de personne morale. L'EIRL est donc traité comme un tiers, sans qu'il soit nécessaire d'établir un lien de causalité direct entre ses fautes de gestion et l'insolvabilité du patrimoine affecté[1]. Mais, cette disposition, qui créée une redoutable porosité entre les patrimoines, risque de « ruiner tout le bénéfice attendu du régime de l'EIRL[2] », puisque désormais les créanciers personnels entreront en concurrence avec les créanciers professionnels.

Pour cet entrepreneur le danger est donc considérable[3], bien que l'action de l'article L. 651-2 du Code de commerce crée une immunité injustifiée en faveur de l'EIRL dont l'activité en difficulté est exercée au sein du patrimoine non affecté[4].

Quoi qu'il en soit, la faute aggravée de gestion, déjà difficile à appréhender pour le dirigeant d'une personne morale, risque d'être davantage insaisissable s'agissant de la gestion de l'EIRL. En conséquence, les tribunaux pourraient être enclin à déduire la faute de gestion de l'échec de l'entreprise, de sorte qu'aucune séparation des patrimoines ne lui résisterait, et ainsi se contenter de constater la liquidation judiciaire et l'existence d'une insuffisance d'actif pour déclarer l'entrepreneur fautif.

Les représentants des dirigeants personnes morales. Le texte de l'article L. 651-1 du Code de commerce s'applique aux dirigeants personnes morales[5]. Toutefois, ces dernières ne peuvent s'exprimer « autrement que par un porte-parole, personne physique, qui reçoit l'appellation de représentant permanent[6] ». Celui-ci, qui n'est pas nécessairement le

---

[1] A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1106, p. 646.
[2] E. Dubuisson, « L'EIRL face aux difficultés de l'entreprise. Une exception va-t-elle confirmer la règle ? », *JCP N* 7 janvier 2011, n° 1, p. 44.
[3] F.-X. Lucas, « L'EIRL en difficulté », *LPA* 28 avril 2011, n° 84, p. 49.
[4] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1671, p. 772.
[5] Administrateurs des sociétés anonymes, des groupements d'intérêts économiques, des groupements européens d'intérêts économiques…
[6] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 921.14, p. 2577.

représentant légal de la personne morale[1], peut être désigné dans une société anonyme lorsqu'une personne morale est nommée administrateur[2], dans une société anonyme lorsqu'une personne morale est nommée au conseil de surveillance[3], dans un groupement d'intérêt économique lorsqu'une personne morale est nommée administrateur[4].
En outre, il faut noter que depuis un arrêt de 2013, la Cour de cassation, assimilant le « représentant permanent » au « représentant de la personne morale », ne subordonne pas, au visa de l'article L. 651-1 du Code de commerce, « la condamnation du représentant permanent de la personne morale dirigeante à la condamnation de celle-ci »[5]. Cette affirmation met en évidence un « principe d'autonomie de la responsabilité du représentant permanent à l'égard de la société qu'il représente[6] ».

Après l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, nous étudierons l'action en responsabilité pour cessation des paiements.

Paragraphe 2 : Le cadre de l'action en responsabilité pour cessation des paiements

Étudions successivement pour cette action le cadre objectif (**A**) et subjectif (**B**).

A : Le cadre objectif

Cette action, applicable à la seule procédure de redressement judiciaire (**1**), emporte des conséquences quant à la compétence du tribunal (**2**) ainsi qu'à la prescription (**3**). Mais la particularité de cette action demeure dans la possibilité pour le juge d'ordonner des mesures conservatoires (**4**).

---

[1] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 1681, p. 775.
[2] Article L. 225-20 du Code de commerce.
[3] Article L. 225-76 du Code de commerce.
[4] Article L. 251-11 du Code de commerce. Solution transposable au groupement d'intérêt économique européen : article L. 252-6 du Code de commerce.
[5] Cass., com. 19 novembre 2013, rejet n° 12-16. 099, *BJE* mars 2014, n° 2, p. 95, note T. Favario.
[6] T. Favario, « Précisions sur l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif contre le représentant permanent d'une personne morale », *BJE* mars 2014, n° 2, p. 95.

1 : Une action applicable au seul redressement judiciaire

Cette action, prévue à l'article L. 631-10-1 du Code de commerce traduit sa seule applicabilité à la procédure de redressement judiciaire[1]. En effet, en amont la sauvegarde la rend inapplicable puisqu'il faut éviter de sanctionner le débiteur et en aval, la liquidation judicaire possède une action en responsabilité qui lui est exclusive. Mais, s'il n'est pas reconnu la possibilité de glisser d'une responsabilité en sauvegarde au redressement, il est en revanche possible de l'exercer du redressement à la liquidation judiciaire puisque la deuxième phrase de l'alinéa deuxième de l'article L. 651-4 du Code de commerce prévoit le maintien de la mesure conservatoire ordonnée en vertu de l'article L. 631-10-1.

2 : La compétence du tribunal

Compétence matérielle et territoriale. Le tribunal compétent pour statuer sur la responsabilité devrait être celui saisi afin que soit ordonnée une mesure conservatoire. Il s'agira du tribunal qui a ouvert la procédure qui est compétent de la même manière que pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif[2]. En outre, faute d'autres précisions et contrairement à cette dernière, le tribunal territorialement compétent « est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, à son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité[3] ».

3 : La prescription

Elle n'est envisagée par aucun texte particulier de sorte que, contrairement à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, elle devrait être circonscrite à la durée du redressement judiciaire[4]. En effet, elle ne peut s'aligner sur le droit commun de l'article 2224 du Code civil qui prévoit une durée de cinq années, car si le redressement est converti en liquidation judiciaire avant le terme de ce délai et qu'une action en responsabilité pour

---

[1] V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 926.12, p. 2685 ; Ph. Roussel-Galle, « La loi Pétroplus : quelques réflexions…avec un peu de recul », *Rev. proc. coll.* Mai 2012, n° 3, étude 16 ; P.-M. Le Corre, « Pour quelques barils de plus chez la fille, et pour quelques dollars de moins…chez la mère : la loi Pétroplus du 12 mars 2012 », *Rev. sociétés* 2012, p. 412.
[2] Article L. 631-7 du Code de commerce, par renvoi à l'article L. 621-2.
[3] Article R. 600-1 du Code de commerce.
[4] V., P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 926.32, p. 2686.

insuffisance d'actif est intentée, l'action en responsabilité pour cessation des paiements devraient laisser la place à celle de la liquidation judicaire pour qu'il y ait une continuité dans le maintien de la mesure conservatoire. Ce qui prouve encore la spécificité de cette action par rapport au droit commun de la responsabilité civile.

4 : Les mesures conservatoires

Des mesures utiles. L'objet de l'article L. 631-10-1 du Code de commerce, au delà de l'action en responsabilité qui n'est que le prétexte, concerne la possibilité pour le tribunal d'ordonner « toute mesure conservatoire utile ». Le caractère « utile » de ces mesures déroge au droit commun qui, selon l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution exige deux conditions : une créance fondée en son principe ainsi que des circonstances susceptibles d'en menacer son recouvrement. Le texte spécial dénote donc un avantage pour les bénéficiaires par rapport au droit commun. Cette dérogation peut aller jusqu'à contredire le droit commun voire le droit constitutionnel, même s'il est vrai que sa mise en œuvre est encadrée. En effet, s'agissant des meubles corporels qui, en pratique représenteront la majorité des biens objet de la mesure conservatoire, leur vente n'est possible que si le créancier possède un titre exécutoire[1]. Or, en vertu de l'article L. 663-1-1 du Code de commerce, le juge-commissaire peut autoriser leur cession, à condition qu'elles portent « sur des biens dont la conservation ou la détention génère des frais ou qui sont susceptibles de dépérissement ». Toutefois, cette possibilité laissée au juge-commissaire n'est pas sans contrepoids, présageant de sa constitutionnalité et de sa conventionnalité. En effet[2], celui-ci est saisi par une requête de l'administrateur ou du mandataire judiciaire « après avoir entendu et dûment appelé le propriétaire des biens qui font l'objet de la saisie conservatoire ». Afin de satisfaire à l'intérêt général, la demande est examinée par le ministère public. En outre, le prix de cession devra être immédiatement versé en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Dès lors, deux hypothèses sont possibles, soit l'action en responsabilité échoue, alors les sommes ainsi placées seront restituées au débiteur. Soit ce dernier est responsable d'avoir contribué à la cessation des paiements, alors il semble que la condamnation « s'exécutera à due concurrence sur les sommes placées à la Caisse des dépôts et consignations, ce qui, ici encore, aboutira à une appréhension par la procédure collective[3] » ; mais, certainement dans la limite du montant des dommages et intérêts demandés, dans la mesure ou l'article R. 631-14-1 du

[1] Article L. 522-1 du Code des procédures civiles d'exécution.
[2] Article R. 662-17 du Code de commerce
[3] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 926.43, p. 2688.

Code de commerce dispose que « le montant des sommes pour la garantie desquelles la mesure conservatoire est ordonnée ne peut excéder le montant des dommages et intérêts demandés en réparation du préjudice causé par la faute invoquée ».

La question de l'exécution provisoire. Seule la décision du juge-commissaire de céder les biens faisant l'objet d'une mesure conservatoire n'est pas exécutoire de plein droit[1]. Il revient alors au tribunal d'accorder cette possibilité. La décision du tribunal de retenir la responsabilité du dirigeant de droit ou de fait et de le condamner à contribuer à la cessation des paiements, rendue en matière de redressement judiciaire[2] semble donc exécutoire de plein droit[3]. À ce propos, en cas d'appel, l'arrêt de l'exécution provisoire par le premier président est impossible[4]. Cette solution diffère de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif pour laquelle le jugement et la décision de cession des mesures conservatoires ne sont pas exécutoires de plein droit. Nous nous étonnons d'une telle différence pour les créanciers alors qu'une mesure conservatoire peut être ordonnée dans les deux cas.

Peut-être que l'exécution de plein droit du jugement reconnaissant la responsabilité du dirigeant en redressement judiciaire et le condamnant à verser des dommages et intérêts permettra aux créanciers, notamment les salariés, d'être rassurés.

Aussi, paradoxalement le jugement rendu en matière de redressement judiciaire, exécutoire de plein droit, fourni en principe au créancier un titre exécutoire[5], qui lui donne la possibilité de pratiquer une meure conservatoire[6]. Où se trouve donc la justification d'introduire une action en responsabilité pour que soit ordonnée une mesure conservatoire si l'action en responsabilité permet à elle seule de pratiquer une telle mesure ? La question pourrait sembler légitime si nous n'étions pas dans une matière où la politique juridique impose une discipline collective, une représentation des créanciers et permet l'assistance du débiteur. En effet, si en principe c'est au créancier qu'il revient de pratiquer une mesure conservatoire, il ne peut ici

---

[1] Article R. 661-1, alinéa 2, du Code de commerce.

[2] L'alinéa 1 de l'article R. 661-1 du Code de commerce dispose que les jugements et ordonnance rendus en « matière de redressement judiciaire » sont exécutoires de plein droit à titre provisoire. Aussi, l'alinéa 2 de cet article énumère une liste d'exception à l'exécution de plein droit à laquelle l'action en responsabilité pour cessation des paiements ne fait pas partie.

[3] « Ce principe s'applique au jugement d'ouverture en le débordant largement. Ce sont toutes les décisions rendues en matière de redressement et de liquidation judiciaires qui sont exécutoires de plein droit », P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 234.11, p. 512.

[4] Cass., civ. 2e 13 janvier 2000, cassation n° 99-13.265, *RTD civ.* 2000, p. 400, note R. Perrot ; *D.* 2001, p. 3299, note P. Hoonakker.

[5] Article L. 111-3, 1°, du Code des procédures civiles d'exécution.

[6] Article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

agir à titre personnel. C'est donc « à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire » que le président du tribunal peut ordonner la mesure conservatoire. L'intérêt collectif est sauf, de même que la garantie de l'efficacité juridique.

Voici donc les solutions pour le cadre objectif de l'action en responsabilité pour cessation des paiements, qu'en est-il du cadre procédural subjectif ?

B : Le cadre subjectif

Comme pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, cette action est attitrée (**1**), dont les défendeurs sont aussi limitativement énumérés (**2**).

1 : Une action attitrée

Cette action, peut être introduite soit par le mandataire judiciaire qui a seul qualité pour « agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers[1] ». On peut s'interroger sur la possibilité laissée au contrôleur d'exercer une telle action en cas de carence du mandataire, mais l'action qui est attitrée exclue de fait cette possibilité.
Soit par l'administrateur judiciaire, dont les missions sont définies à l'article L. 622-1[2] et L. 631-12 du Code de commerce. Or, que recouvre la possibilité pour l'administrateur de requérir une mesure conservatoire contre un dirigeant après avoir lui-même introduit une action en responsabilité contre ce même dirigeant ? Cette possibilité, prévue au premier article précité, semble dépasser les missions de surveillance et d'assistance pour les actes de gestion ou certain d'entre eux, prévue au premier article précité.
S'agit-il alors d'une mission d'administration comme le prévoit le second ? L'article L. 111-9 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que l'exercice d'une mesure conservatoire doit être considéré comme un acte d'administration. Or, l'objet principal de l'article L. 631-10-1 du Code de commerce concerne la prise de mesure conservatoire, l'action en responsabilité lui paraissant accessoire, de sorte qu'en vertu de l'adage *accessorium sequitur principale* le pouvoir de l'administrateur dans le cadre de l'action en cessation des paiements relève de sa mission d'administration.

---

[1] Article L. 622-20 du Code de commerce. Par renvoi de l'article L. 621-4 applicable au redressement judiciaire conformément aux dispositions de l'article L. 631-9.
[2] Article également applicable au redressement judiciaire selon l'article L. 631-9 du Code de commerce, citant l'article L. 621-4, lequel revoit à l'article L. 622-1.

En outre, très au fait de la situation économique dans son département, il nous paraît souhaitable, souhait d'autant plus motivé en ce que la responsabilité civile participe à l'efficacité du droit des procédures collectives par la défense de l'intérêt général, d'attribuer au préfet la qualité de demandeur à l'action en responsabilité pour cessation des paiements.

2 : Les défendeurs à l'action

L'action en cessation des paiements ne vise que le « dirigeant de droit ou de fait », sans mentionner ni le débiteur personne morale, ni l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, contrairement aux dispositions relatives à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Après les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif et cessation des paiements, il nous faut enfin envisager une dernière action intrinsèque à la procédure collective.

Paragraphe 3 : Le cadre de l'action en responsabilité pour l'insuffisance d'actif de la filiale

Étudions successivement pour cette action le cadre objectif (**A**) et subjectif (**B**).

A : Le cadre objectif

Il sera question, comme pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, de l'étude de la compétence du tribunal (**2**), de la prescription (**3**) et de la transaction (**4**). Une particularité concerne cette action, puisqu'elle nécessite la liquidation judiciaire de la filiale (**1**),

1 : La liquidation judiciaire de la filiale

La filiale. L'article L. 512-17 du Code de l'environnement renvoie, à propos de la filiale, aux dispositions de l'article L. 233-1 du Code de commerce. Selon ce dernier, la filiale

doit être détenue à plus de la moitié du capital par une autre société. Donc, la société mère qui détient au maximum la moitié du capital devrait ne pas être inquiétée par cette action[1].
En outre, la filiale doit avoir la qualité d'une installation classée pour la protection de l'environnement[2], au sens de l'article L. 511-1 du Code de l'environnement.

Une procédure de liquidation judiciaire ouverte ou prononcée contre la filiale. La filiale doit donc, conformément aux dispositions de l'article L. 640-1 du Code de commerce, être en cessation des paiements et son redressement doit être « manifestement impossible ». La liquidation peut aussi être prononcée suite à la conversion d'une procédure de sauvegarde[3] ou de redressement judiciaire[4].

2 : La compétence du tribunal

Compétence matérielle. Le tribunal compétent est celui « ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire ». L'attraction de compétence du tribunal de la faillite constitue une exception aux règles « de droit commun en droit de l'environnement qui attribuent la compétence à la juridiction administrative en matière de remise en état[5] ».

Compétence territoriale. La loi du 6 août 2015 prend en compte la situation des groupes de sociétés et donc « la nécessité d'un traitement coordonné des procédures applicables aux différentes sociétés en difficulté d'un même groupe en dépit de leur différence de nature et de l'éparpillement de leur siège social sur le territoire[6] ». Aussi, il résulte des dispositions de l'article L. 662-8 du Code de commerce une extension de compétence du tribunal qui a ouvert la procédure d'une société détenue au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce et inversement. Si la procédure à laquelle est soumise la filiale l'est devant une juridiction commerciale spécialisée, alors l'ouverture d'une procédure contre une société mère

---

[1] V., T. Montéran, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859.
[2] L'article L. 512-17 du Code de l'environnement se situe au sein du Titre Ier intitulé « Installations classées pour la protection de l'environnement ».
[3] Article L. 622-10 du Code de commerce.
[4] Article L. 631-15 du Code de commerce.
[5] T. Montéran, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859.
[6] F. Macorig-Venier, « Incidence de la loi Macron en matière de traitement amiable des difficultés des entreprises sur la compétence » *RTD com.* 2016, p. 192.

doit être portée devant cette dernière. Ce renvoi « a lieu par l'effet de la loi sans qu'aucune demande n'ait à être formée ni qu'il soit démontré que les intérêts en présence le justifient[1] ».

3 : La prescription

Envisagée par aucun texte, la prescription peut soit être alignée sur l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, c'est à dire trois ans « à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ». Soit suivre la prescription environnementale qui est de trente ans à compter de la survenance du dommage[2]. La doctrine ne conçoit pas une prescription différente de celle de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif[3], toutefois nous avons pu souligner à propos du lien de causalité[4] le non-cumul de ces actions du fait de l'ordre public supérieur que défend le droit de l'environnement. Donc, du fait de l'autonomie dont bénéficie cette action, de sa situation nous estimons applicable la prescription environnementale.

4 : La transaction

Selon nous la société mère devrait pouvoir transiger tant que le jugement de condamnation n'est pas intervenu.

Voici donc les solutions pour le cadre objectif de l'action en responsabilité insuffisance d'actif de la filiale, qu'en est-il du cadre procédural subjectif ?

B : Le cadre subjectif

Comme pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, cette action est attitrée (**1**), dont les défendeurs sont aussi limitativement énumérés (**2**).

---

[1] F. Macorig-Venier, « Incidence de la loi Macron en matière de traitement amiable des difficultés des entreprises sur la compétence » *RTD com.* 2016, p. 192.
[2] Article L. 152-1 du Code de l'environnement.
[3] V., T. Montéran, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859 ; G.-J. Martin, « Commentaires des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite Grenelle II) », *Rev. sociétés* 2011, p. 75.
[4] V., *supra* « Le lien de causalité des actions en responsabilité du droit des procédures collectives ».

1 : Une action attitrée

Les personnes susceptibles de pouvoir exercer cette action sont limitativement énumérées par l'article L. 512-17 du Code de l'environnement. Il peut s'agir du liquidateur, du ministère public ou du représentant de l'Etat dans le département, donc du préfet. Cet article marque l'arrivée du préfet devant le tribunal de commerce, « compétent en matière de police de l'environnement[1] » et « personnage central de cette action[2] ». Là encore, nous pouvons nous interroger sur la possible mise en œuvre de l'action par les créanciers nommés contrôleurs. Comme pour l'action en responsabilité pour cessation des paiements, l'action est attitrée de sorte que les contrôleurs ne peuvent se substituer au liquidateur[3].

En outre, on peut s'interroger sur la possibilité pour le liquidateur d'exercer une telle action puisqu'elle tend à préserver l'intérêt général[4]. Selon nous, si celle-ci marque un reliquat de présence de l'intérêt collectif, il ne doit pas tromper car ce n'est pas nécessairement dans cet objectif qu'il est demandeur, mais parce qu'il dispose sans doute « d'une information privilégiée sur la situation de l'entreprise et sur les causes de l'insuffisance d'actif[5] ».

2 : Les défendeurs à l'action

Il faut en effet employer le pluriel ici car la société dont la responsabilité sera recherchée pourra certes par principe être la société « mère ». Mais, « pour contrer les montages des groupes de société visant à diluer la responsabilité de la société mère en interposant une ou plusieurs coquilles vides[6] », il est permis d'étendre la responsabilité, lorsque la société mère n'est pas en mesure de financer les mesures de remise en état en fin d'activité incombant à sa filiale, à la société dont la société mère est la filiale, c'est à dire la

---

[1] T. Montéran, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859.
[2] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 925.21, p. 2681.
[3] Aussi P.-M. Le Corre, *op. cit.,* et T. Montéran, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *op. cit.*
[4] De sorte que l'intérêt à agir du ministère public et du préfet ne fait pas naitre de discussion. V., G.-J. Martin, « Commentaires des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite Grenelle II) », *Rev. sociétés* 2011, p. 75.
[5] G.-J. Martin, « Commentaires des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite Grenelle II) », *op. cit*. L'auteur cite le rapporteur de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire.
[6] T. Montéran, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859.

« grand-mère » ; ainsi qu'à la société dont la société « grand-mère » est la filiale, c'est à dire « l'arrière grand-mère »[1]. Mais là encore, « la facilité avec laquelle il sera possible d'éviter les foudres mouillées de cet article, en ne détenant pas plus de 50% du capital, n'obligera sans doute pas les groupes à se livrer à ces acrobaties[2] ».

Voici donc les solutions spécifiques et parfois dérogatoires au droit commun concernant la mise en œuvre des actions en responsabilité de la procédure collective. Il nous faut maintenant étudier les solutions spécifiques concernant l'assurabilité des fautes.

Section 2 : L'assurabilité des fautes issues de la procédure collective

Généralités. L'assurance est une « opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération, la prime, pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation par une autre partie, l'assureur, qui, prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique[3] ».
De son côté, le responsable se voit « imputer une dette dont le montant peut largement dépasser ses facultés financières », cette charge « serait difficilement supportable sans le recours à l'assurance »[4]. Si, en principe, la souscription à un contrat d'assurance n'est pas obligatoire, de plus en plus de domaine, pour l'intérêt commun des assurés et des victimes, l'impose, à tel point qu'une liste exhaustive est inenvisageable[5]. Les personnes soumises à l'obligation d'assurance sont aussi diverses que « les propriétaires de véhicules terrestre à moteur, les avocats, les constructeurs, les professionnels de santé, les exploitants d'installation nucléaires, de remontées mécaniques, les contrôleurs techniques chargés de la prévention des risques naturels…[6]». Or, le dirigeant social n'est pas soumis à l'obligation d'assurance de

[1] V., l'article L. 512-17, alinéa 2, du Code de l'environnement.
[2] G.-J. Martin, « Commentaires des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite Grenelle II) », *Rev. sociétés* 2011, p. 75
[3] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v. Assurance.
[4] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 637, p. 429. Ce qui particulièrement vrai pour le responsable faisant l'objet d'une procédure collective.
[5] Il existerait plus d'une centaine d'assurances obligatoires. V., Annexe 6 du Code des assurances, éd. LexisNexis.
[6] M. Chagny et L. Perdrix, *Droit des assurances*, LGDJ, coll. Manuel, 3e éd., n° 172, p. 99.

dommage à caractère indemnitaire qui oblige l'assureur à indemniser l'assuré ou le bénéficiaire à hauteur du montant des préjudices subis[1].

En outre, les polices d'assurance, documents signés des parties qui constatent l'existence et les conditions du contrat d'assurance[2], ne couvrent pas tout type de responsabilité civile. En effet, il existe des limitations, des exclusions et déchéances de garanties[3].

- La limitation, peut être apportée par l'assureur qui limitera sa garantie « en fixant au contrat un plafond au delà duquel il n'est plus tenu[4] ». Appliquée dans la *quasi* totalité des contrats d'assurance de responsabilité, la limitation pose un problème de cohérence entre les règles de la responsabilité civile et celles de l'assurance[5]. Afin de pallier à ce problème sont créés des fonds de garantie.

- La déchéance, sanction conventionnelle spécifique ici[6], est la perte d'un droit, qui ne peut être invoquée qu'au stade de l'exécution du contrat, « à la garantie de l'assureur, édictée conventionnellement à l'encontre d'un assuré qui n'a pas exécuté ses obligations en cas de sinistre[7] », de sorte que la déchéance ne peut être invoquée qu'après le sinistre. Elle intervient généralement en cas de retard dans la déclaration du sinistre ou en l'absence de la transmission des pièces prévue par la police[8].

- L'exclusion de garantie, peut être légale ou conventionnelle[9]. L'exclusion légale, outre celle dont le risque est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs[10], concerne l'hypothèse dans laquelle l'assuré commet une faute intentionnelle ou dolosive[11], objet de l'alinéa second de l'article L. 113-1 du Code des assurances selon lequel « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».

---

[1] V., S. Abravanel-Jolly, *Droit des assurances*, Ellipses, coll. Universités droit, n° 28, p. 12.
[2] V., S. Abravanel-Jolly, *op. cit.,* n° 144, p. 45
[3] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.* n° 637, p. 430.
[4] Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 13e éd., n° 562, p. 428.
[5] V., Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances, op. cit.,* n° 562, p. 428.
[6] V., M. Chagny et L. Perdrix, *Droit des assurances*, *op. cit.,* n° 336 et s., p. 168 et s.
[7] Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.,* n° 488, p. 375.
[8] V., S. Abravanel-Jolly, *op. cit.,* n° 445, p. 146.
[9] L'article L. 113-1 du Code des assurances dispose dans son alinéa 1er que « Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police ».
[10] Le contrat d'assurance est soumis aux dispositions de l'article 6 du Code civil.
[11] En réalité il existe aussi une exclusion légale de l'assurance, mais non impérative, prévue à l'article L. 121-8 du Code des assurances : « L'assureur ne répond pas, sauf convention contraire, des pertes et dommages occasionnés soit par la guerre étrangère, soit par la guerre civile, soit par des émeutes ou par des mouvements populaires ».

L'assurance de responsabilité « postule une dette de responsabilité civile[1] », de sorte que le responsable assuré doit avoir causé un dommage et doit être obligé de le réparer. Ainsi, en l'absence de dommage, il ne peut y avoir lieu à garantie de la part de l'assureur[2].
En outre, l'assurance ne souffre d'aucune objection s'agissant de sa mise en œuvre pour les responsabilités objectives ou pour faute, sous réserve de la faute intentionnelle qui prive le contrat d'assurance de son aléa.

Est-ce à dire que toutes les fautes autres que celles qui sont intentionnelles sont assurables ? La réponse ne peut être aussi tranchée que cela.

Trois types de fautes. Afin d'étudier cette question, il nous faut répertorier ces fautes. Nous ne retiendrons que celles qui disposent d'une particularité en droit des procédures collectives par rapport au droit commun. La question relative à l'assurabilité de trois types de fautes sera étudiée. D'abord celle de la faute aggravée de gestion source de la responsabilité pour insuffisance d'actif et de la responsabilité pour cessation des paiements (**Paragraphe 1**). Ensuite celle de la faute caractérisée source de responsabilité de la société mère dans la liquidation judiciaire de sa filiale (**Paragraphe 2**). Enfin la faute particulièrement anormale source de responsabilité du dirigeant an cas de préjudice personnel d'un tiers (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1 : L'assurabilité de la faute aggravée de gestion

Le dirigeant de droit ou de fait peut-il souscrire un contrat d'assurance contre la faute aggravée de gestion ? Cette question implique de savoir si le principe de continuation des contrats en cours (**A**) s'applique au contrat d'assurance (**B**). En outre, nous verrons qu'il est possible pour le dirigeant de s'assurer contre ce type de faute (**C**), mais cette possibilité joue-t-elle d'une part pour le dirigeant de fait (**D**) ? Et d'autre part joue-t-elle encore après le jugement d'ouverture (**E**) ?

---

[1] G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 360-1, p. 775.
[2] « Le simple risque potentiel de dommage ne suffit à engager la responsabilité, ni en conséquence à déclencher la garantie », v., G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.,* n° 360-1, p. 776. C'est pourquoi la cessation des paiements et l'insuffisance d'actif, que nous avons qualifié de dommage sans faute, ne peuvent créer une dette de responsabilité.

A : Le principe de continuation des contrats en cours

Contrat en cours, redressement et liquidation judiciaire. L'ouverture d'une procédure collective ne doit pas être le prétexte pour remettre en cause les contrats liant le débiteur à ses partenaires. D'où la « nécessité de maintenir par principe les contrats en cours[1] ». L'ouverture d'un redressement judiciaire ne déroge pas à ce principe puisqu'il résulte de l'article L. 631-14 du Code de commerce, par renvoi à l'article L. 622-13, que la résolution du contrat en cours ne peut pas résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire. Pareillement, le I de l'article L. 641-11-1, du Code de commerce, applicable en liquidation judiciaire dispose que « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture ou du prononcé d'une liquidation judiciaire ».
Donc, un contrat d'assurance responsabilité civile souscrit pour garantir les conséquences pécuniaires de la mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants dans l'exercice de leurs fonctions, devrait être applicable et en redressement et en liquidation judiciaire, si une action en responsabilité pour cessation des paiements et pour insuffisance d'actif est ouverte.

B : Application du principe au contrat d'assurance

Contrat d'assurance et contrat en cours. Le contrat d'assurance est soumis au droit commun des contrats en cours[2].
Néanmoins, à l'image du prêteur souhaitant rompre le crédit, il semble qu'il faille composer avec l'article L. 113-4 du Code des assurances, qui dispose qu'« en cas d'aggravation du risque en cours de contrat, telle que, si les circonstances nouvelles avaient été déclarées lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat, l'assureur n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait que moyennant une prime plus élevée, l'assureur a la faculté soit de dénoncer le contrat, soit de proposer un nouveau montant de prime ». Si, *a priori* « la simple ouverture d'une procédure collective apparaît (toutefois) insuffisante à justifier l'application du texte, parce qu'elle n'induit pas, à elle seule, une aggravation des risques au sens du texte[3] », nous avons vu qu'elle pouvait occasionner pour les parties un dommage non réparable. On peut

[1] F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 691, p. 312.
[2] V., J. Bigot, « L'incidence de la loi de sauvegarde sur le contrat d'assurance », *JCP G* 24 octobre 2005, n° 43 ; P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 435.32, p. 897 ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.,* n° 643, p. 381.
[3] P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, *op. cit.,* n° 435.32, p. 898.

alors douter qu'en pratique, le débiteur ou le créancier ne voit pas leur situation s'aggraver par une telle ouverture, d'où notre idée d'ailleurs selon laquelle la faute de gestion est en réalité une faute aggravée. Aussi, la cour d'appel de Douai a considéré qu'une clause prévoyant une exclusion partielle de garantie au motif de l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, ne contrevient pas aux dispositions légales, car l'exclusion de garantie n'est pas une résiliation du contrat[1].

C : Le contrat d'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux

Assurabilité de la faute aggravée de gestion[2]. Les personnes morales comme les personnes physiques sont tenues de répondre des dommages causés par leur faute aggravée de gestion. Évoquée plus haut, cette faute, qui aggrave la lésion des intérêts, ne contient pas de critère de gravité. Les dirigeants sont donc responsables financièrement des fautes antérieures commises à l'occasion de la gestion de l'entreprise, aggravées par l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Or, pour faire face à ces risques, la société peut souscrire un contrat d'assurance pour le compte[3] de ses dirigeants personnes physiques ; de sorte que, si la cotisation est payée par la personne morale, l'indemnité sera versée au dirigeant lorsque sera retenue sa responsabilité professionnelle. Ce contrat est nommé « assurance en responsabilité civile des mandataires sociaux », il doit être spécifiquement souscrit car les cas de responsabilité civile des dirigeants ne sont jamais couverts par les contrats d'assurance de l'entreprise[4]. Cette assurance protège les dirigeants « contre les risques financiers de leur responsabilité personnelle lorsqu'ils ont commis une faute de gestion[5] », de sorte qu'en pratique, l'assurabilité de la faute aggravée de gestion ne diffèrerait pas de celle de la faute de gestion du droit positif.

---

[1] CA Douai, ch. 2, sect. 2, 24 mai 2012, n° 10/07464, *D.* 2012, p. 1952, note F. Dannenberger.
[2] Pour une étude complète, v., A. Cohen-Jonathan et K. Haeri, « L'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux de l'entreprise », *Rev. sociétés* 2015, p. 487.
[3] Sur l'assurance pour compte, v., M. Chagny et L. Perdrix, *Droit des assurances*, *op. cit.,* n° 127 et s., p. 78 et s. ; Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.,* n° 198 et s., p. 192 et s. ; B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances,* LGDJ, coll. Domat Droit privé, n° 422 et s., p. 454 et s.
[4] V., J. El Ahdab, « La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ? », *Rev. sociétés* 2008, p. 239, note n° 6.
[5] B. Clavagnier et G. L'Hullier, « La responsabilité financière personnelle des dirigeants d'association », *JA* 1995, n° 124, p. 29.

À titre d'exemple, le contrat responsabilité civile des mandataires sociaux de Generali[1] peut prendre en charge les dommages et intérêts ainsi que les frais de défense en cas de faute de gestion et d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Dans le même ordre d'idée, la fiche produit AIG[2] garantie quant à elle les conséquences pécuniaires et les frais de défense à la suite de fautes de gestion commises dans l'exercice des fonctions de dirigeant. Enfin, l'offre responsabilité civile des mandataires sociaux d'AXA[3], prend en charge les frais de défense dès que la responsabilité est engagée et le paiement éventuel des dommages et intérêts, pour « faire face aux nombreux motifs de mise en cause (violation des statuts de son entreprise, des dispositions législatives ou règlementaires, faute de gestion...) ».

Donc, si « cette assurance spécifique peut ne fournir qu'une protection au coût parfois exorbitant et à l'efficacité relative, dans la mesure où elle vise fréquemment des cas de responsabilité issue d'une procédure collective[4] », il est possible[5], et nous ne pouvons qu'encourager les dirigeants dans cette voie, que soit souscrit pour son compte un contrat d'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux.

La souscription de ce type de police est subordonnée à une étude complète par la compagnie d'assurance, qui est soumise à des critères permettant une appréciation globale de l'assureur des risques encourus par le dirigeant. Celle-ci se fera en fonction d'un double critère juridique et financier. Ainsi, sera pris en compte le dernier bilan, le compte de résultat, les rapports de gestion, la prise en compte de mesures de prévention mises en place par le dirigeant… Si un contrat est conclu, toutes les fautes non connues à la date de souscription de la garantie seront couvertes.

---

[1] V., le site : http://rbvassurance.fr/_download/rcms_plaquette_.pdf consulté le 26 juillet 2016.

[2] V., le site : https://www.aigassurance.fr/content/dam/aig/emea/france/documents/brochure/rcp-banques-fiche-produit-brochure.pdf consulté le 26 juillet 2016.

[3] V., le site : http://www.responsabilite-civile-dirigeant.fr/rcms-axa.php consulté le 26 juillet 2016.

[4] J. El Ahdab, « La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ? », *Rev. sociétés* 2008, p. 239.

[5] Une proposition de loi du 17 décembre 2003, n° 1304, *relative au renforcement de la responsabilité individuelle des dirigeants et mandataires sociaux dans les sociétés anonymes ainsi qu'à la transparence et au contrôle de leur rémunération dans les sociétés cotées*, visait à l'article 2 la suppression pure et simple de l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux. Cette proposition n'a pas aboutie.

D : Applicabilité au dirigeant de fait

Assurance et dirigeants de fait. L'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux s'applique-t-elle au dirigeant de fait ?

Dans les contrats que nous avons étudiés, qu'ils proviennent de Generali, d'AXA ou d'AIG, tous s'appliquent tant au dirigeant de droit qu'au dirigeant de fait. Or, il semble paradoxal de lui faire bénéficier alors que le dirigeant de fait est celui qui, dépourvu de tout mandat social, s'est immiscé par des actes positifs dans la gestion ou la direction d'une société[1]. En présence d'un tel risque, il semble démesuré de lui faire bénéficier de la garantie de plein droit.

E : l'hypothèse du contrat souscrit postérieurement au jugement d'ouverture

Contrat d'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux souscrit après l'ouverture d'une procédure collective. S'agissant du fait générateur de la créance contractuelle d'assurance, conformément à ce que nous avons déjà dit[2], il a été jugé que le « la créance de l'assureur sur son assuré au titre du paiement de la franchise contractuelle trouve son origine dans le contrat d'assurance[3] », non pas dans le sinistre, ni par la déclaration du sinistre à l'assureur.

Pour ce qui est de la naissance du contrat après le jugement d'ouverture, il nous faut distinguer.

- D'abord lorsque le débiteur est soumis à une procédure de liquidation judicaire, en raison du dessaisissement[4], le contrat conclu par le débiteur est inopposable à la procédure[5]. Seul le liquidateur pourrait conclure des actes juridiques.

- Ensuite, pour le débiteur en redressement judiciaire, quelle que soit la mission confiée à l'administrateur judiciaire, les actes de gestion courante accomplis par le débiteur seul sont valides[6], à l'égard du tiers de bonne foi, c'est à dire celui « qui ne connaissait pas les restrictions apportées aux pouvoirs du débiteur par le jugement d'ouverture de la procédure

---

[1] Pour une application récente, v., Cass., com. 19 janvier 2016, rejet n° 14-17.865, *Rev. sociétés* 2016, p. 429, note T. Massart.

[2] V., *supra* « La date de naissance de la créance de réparation contractuelle en droit des procédures collectives ».

[3] Cass., com. 3 février 2009, cassation n° 08-11.121.

[4] Article L. 641-9 du Code de commerce.

[5] Cass., com. 1er février 2000, cassation n° 96-19.456.

[6] Article L. 622-3, alinéa 2, du Code de commerce, cité par l'article L. 631-14 du Code de commerce applicable en redressement judiciaire.

collective, cette absence de connaissance étant présumée[1] ».Les actes de gestion courante sont « ceux qui entrent dans l'activité habituelle de l'entreprise conformément aux usages de la profession[2] », il en va ainsi de la conclusion d'un contrat d'assurance. En effet, la Haute juridiction approuvant en cela la Cour d'appel d'avoir « retenu que la souscription d'un contrat d'assurance, par la débitrice seule après sa mise en redressement judiciaire, constituait un acte de gestion courante[3] ». Ne se limitant pas à un type particulier de contrat, nous pouvons en conclure que la souscription d'un contrat d'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux pourrait être conclu après l'ouverture du seul redressement judiciaire, bien que la faute aggravée de gestion soit née avant le jugement d'ouverture. Toutefois, on doute que l'assureur consente à conclure un tel contrat lorsque le dirigeant est déjà soumis à une procédure collective, même si la garantie n'est pas illimitée, l'assureur estimant que les mandataires de justice, afin de récupérer des fonds pour reconstituer le gage commun, actionnent en responsabilité le dirigeant.

Voici donc pour la faute aggravée de gestion. Étudions maintenant la situation de la faute particulièrement anormale.

Paragraphe 2 : L'assurabilité de la faute particulièrement anormale

Pour rappel, la faute particulièrement anormale est une faute « d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales » qui résulte d'un comportement intentionnel[4]. Deux questions peuvent se poser.
La première concerne le fait de savoir si le défaut de souscription d'une assurance obligatoire est constitutif d'une telle faute (**A**). La seconde, concerne la référence faites aux caractères séparable (**B**) et intentionnel de la faute (**C**) ; exclut-elle *ipso facto* la mise en place d'une garantie par l'assurance ?

[1] Cass., com. 13 septembre 2011, rejet n° 10-24.126, *Gaz. Pal.* 21 janvier 2012, n° 21, p. 11, note C. Bidan ; *BJE* janvier 2012, p. 6, note P. Delmotte.
[2] D. Voinot, *Procédures collectives*, *op. cit.,* n° 355, p. 137.
[3] Cass., com. 23 septembre 2003, rejet n° 99-11.379. *Act. proc. coll.* 2003, n° 241.
[4] Pour une application récente, v., Cass., com. 10 novembre 2015, rejet n° 14-18.179, précité.

A : Le défaut d'assurance obligatoire constitue une faute séparable

Si une divergence a pu existé entre la troisième chambre civile de la Cour de cassation[1], pour qui le défaut de souscription d'une assurance obligatoire ne constituait pas de la part du dirigeant social une faute séparable et la chambre commerciale[2] ainsi que la chambre criminelle[3] qui, elles, *a contrario* retiennent la qualification de faute séparable lors d'un défaut de souscription d'une assurance obligatoire. Cette divergence n'est plus. La troisième chambre civile s'étant aligné récemment sur la position des deux autres[4]. Est-donc mis un terme à la divergence jurisprudentielle. Désormais, « de manière unanime, l'infraction pénale prévue par l'article L. 243-3 du Code des assurances implique l'existence d'une faute détachable de la part du gérant pour la mise en jeu de l'article L. 223-22 du Code de commerce[5] ».

La réponse à cette première question appelle la deuxième.

B : Le simple caractère « séparable» implique l'assurabilité

Le caractère particulièrement anormal de cette faute implique sa séparabilité des fonctions. Elle est séparable. De sorte que si l'on s'arrête à ce critère, la faute serait *a fortiori* assurable. En effet, « c'est précisément parce que, en sa qualité de dirigeant, il a pris des décisions contraires à l'intérêt de la société - ou s'est abstenu de prendre des décisions dans l'intérêt de celle-ci - qu'elle ne verra pas sa responsabilité engagée vis-à-vis des tiers, et que le dirigeant es qualité doit en répondre[6] ». D'ailleurs, il a été juge que « la garantie souscrite couvrait toute hypothèse de faute commise par le dirigeant dès lors que celui-ci avait agi dans

[1] Cass., civ. 3e 4 janvier 2006, rejet n° 04-14.731, *RDI* 2006, p. 110, note G. Leguay ; *Rev. sociétés* 2006, p. 548, note D. Poracchia ; *D.* 2007, p. 267, note J.-C. Hallouin.
[2] Cass., com. 28 septembre 2010, cassation n° 09-66.255, précité.
[3] Cass., crim. 7 septembre 2004, rejet n° 03-86.292.
[4] Cass., civ. 3e 10 mars 2016, rejet n° 14-15.326, précité.
[5] J. Roussel, « Non-respect de l'obligation d'assurance décennale et faute du dirigeant séparable de ses fonctions », *RDI* 2006, p. 415.
[6] A. Cohen-Jonathan et K. Haeri, « L'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux de l'entreprise », *Rev. sociétés* 2015, p. 487.

le cadre et dans l'exercice de ses fonctions, quand bien même, le cas échéant, il pouvait être personnellement tenu à la réparation du dommage en raison de la faute qu'il avait commise[1] ».

Mais ce caractère associé à l'intentionnalité de la faute pose problème.

C : Le caractère intentionnel de la faute particulièrement anormale diffère de celui entendu par le droit des assurances

Appréciation souveraine des juges du fond. En premier lieu, il est à noter que l'appréciation de la faute intentionnelle relève ici, contrairement au droit civil[2], de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, il a été relevé que « l'appréciation par les juges du fond du caractère intentionnel d'une faute qui, au sens de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances, implique la volonté de son auteur de créer le dommage tel qu'il est survenu, est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation[3] ».

L'ambivalence du terme « intentionnel ». En outre, la référence au caractère intentionnel « paraît de prime abord incompatible avec la mise en œuvre d'une assurance de responsabilité civile du dirigeant[4] ». En effet, l'alinéa deuxième de l'article L. 113-1 du Code des assurances dispose que « toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Or, le critère de constitution de la faute intentionnelle, faute moniste et subjective[5], en droit des assurances repose sur la seule intention de causer le dommage, comme il a pu être jugé que « sont toujours exclus au titre de ce contrat, les dommages de toute nature causés ou provoqués intentionnellement par l'assuré ou avec sa complicité[6] ». Ce qui contraste donc avec le droit de la responsabilité civile qui

[1] Cass., civ. 2e 1er juin 2011, cassation n° 10-18.143, *Rev. sociétés* 2011, p. 679, note M. Caffin-Moi ; *Bull. Joly* 2011, p. 860, note A. Constantin ; *RGDA* 2011, p. 1099, note A. Pelissier.
[2] V., la communication de la Cour de cassation du 2 février 2009, relative au « Pouvoir souverain des juges du fond ».
[3] Cass., civ. 2e 20 mars 2008, rejet n° 07-10.499.
[4] J. Monnet, « Assurance et faute séparable des fonctions du dirigeant de société », *Dr. sociétés* novembre 2007, n° 11, repère 10.
[5] V., S. Abravanel-Jolly, *op. cit.,* n° 317, p. 99.
[6] Cass., civ. 2e 12 juin 2014, rejet nos 13-15.836, n° 13-16.397, n° 13-17.509, n° 13-21.386, n° 13-25.565.

« attribue la qualification de faute intentionnelle à tout comportement volontaire à l'origine du dommage, peu important l'intention de réaliser le dommage qui en est résulté[1] ».
En conséquence, en présente d'une faute particulièrement anormale, le juge qui serait saisi de la question de la garantie de l'assureur responsabilité civile des mandataires sociaux, devra envisager, au cas par cas, si le mandataire social a recherché les dommages tels que subis par les tiers[2].
Donc, *a priori* la faute particulièrement anormale est assurable. Qu'en est-il de la faute caractérisée ?

Paragraphe 3 : L'assurabilité de la faute caractérisée de la société mère

La faute caractérisée est une notion qui ne nous est pas inconnue. Citée par le Code pénal[3] et par le Code de l'action sociale et des familles[4], elle est néanmoins inconnue du droit civil. Or, à la vue de ce que nous avons pu écrire à propos de cette faute[5], il s'avère que s'il s'agit d'une faute possédant un certain degré de gravité. Ce n'est donc pas une faute intentionnelle. Par conséquent, nous pouvons en conclure que cette faute n'entre pas dans le cadre de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code de commerce. Donc, et là encore nous avons une différence avec le droit commun, puisqu'en en dépit de l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*, la faute caractérisée est assurable.

Conclusion du chapitre

L'effet de la procédure collective fait évoluer le régime de la responsabilité civile, ce qui se répercute nécessairement sur sa mise en œuvre.
Au plan procédural, tout d'abord, pour lequel les actions en responsabilité civile de la procédure collective, à savoir l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, l'action en responsabilité pour cessation des paiements et l'action en responsabilité pour faute caractérisée de la société mère, bien qu'elles soient spécifiques les unes par rapport aux autres, ont un cadre commun. Mais ce cadre dénote une multitude de spécificités par rapport

[1] M. Chagny et L. Perdrix, *Droit des assurances*, *op. cit.,* n° 268, p. 137.
[2] A. Cohen-Jonathan et K. Haeri, « L'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux de l'entreprise », *Rev. sociétés* 2015, p. 487.
[3] Article 121-3, alinéa 4, du Code pénal.
[4] Article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles.
[5] V., *supra* « La faute caractérisée en dehors de la procédure collective ».

au droit commun de la responsabilité civile, concrétisant l'évolution de la responsabilité civile au sein des procédures collectives. De manière synthétique :

- S'agissant de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, on peut relever que :

- Sont compétentes les juridictions commerciales, civiles et administratives.
- Depuis peu est mise en place une compétence exclusive pour certaines juridictions spécialisées pour certaines entreprises.
- Pour la compétence territoriale, le lieu du domicile du défendeur importe peu.
- Le délai de prescription de l'action est de trois ans et l'action engagée contre un dirigeant dans ce délai n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres.
- La transaction n'est pas possible une fois la condamnation prononcée. Elle est néanmoins possible lorsqu'elle intervient avant condamnation, un tribunal ayant homologué une transaction passée avec le dirigeant.
- Il s'agit enfin d'une action attitrée dont les défendeurs sont expressément visés.

- S'agissant de l'action en responsabilité pour cessation des paiements, on peut relever que :

- Son domaine s'applique uniquement pour la procédure de redressement judiciaire.
- La prescription est circonscrite à la durée du redressement judiciaire.
- Son objet concerne la possibilité pour le tribunal d'ordonner des mesures conservatoires utiles.
- La décision du tribunal est exécutoire de plein droit.
- Il s'agit enfin d'une action attitrée dont les défendeurs sont expressément visés.

S'agissant de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif de la filiale, on peut relever que :

- Elle concerne les groupes de sociétés
- La filiale doit être placée en liquidation judiciaire
- Il y a attraction de compétence du tribunal de la procédure collective.

- Si la filiale est une entreprise relevant de la juridiction commerciale spécialisée, la procédure intentée contre la société « mère », ou la « grand-mère », voire « l'arrière grand-mère » relèvera de cette juridiction.
- L'intérêt supérieur de cette action sur celui de l'article L. 651-2 du Code de commerce implique selon nous une prescription trentenaire.
- Il s'agit enfin d'une action attitrée, dont les défendeurs sont expressément visés.

L'évolution concerne aussi la question de l'assurance des fautes intrinsèques à la procédure collective.

Pour la faute aggravée de gestion, la règle de la poursuite des contrats en cours implique que le contrat d'assurance, souscrit pour garantir les conséquences financières suite à la mise en cause du dirigeant de droit ou de fait pour sa faute aggravée de gestion s'applique aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire. Toutefois, cette règle est valable sous réserve de l'exclusion partielle de garantie au profit de l'assureur en cas d'ouverture de l'une ou l'autre des procédures. Aussi, bien qu'il soit possible pour le débiteur de conclure un tel contrat après l'ouverture du redressement judiciaire pour garantir sa faute aggravée de gestion antérieure, la raison associée à la frilosité compréhensible de l'assureur qui pensera sans doute qu'une fois le contrat conclu la responsabilité de l'assuré sera forcément recherchée, nous conduit à douter qu'une telle solution puisse être pratiquée.

Pour la faute particulièrement anormale, elle possède un caractère intentionnel qui lui est intrinsèque. Or, ce caractère ne s'entend pas comme celui de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances, qui implique la volonté de créer le dommage. Donc, *a priori* la faute particulièrement anormale est assurable.

Enfin, la faute caractérisée, de par son caractère grave mais non intentionnel est assurable. Toutefois, pour cette dernière, l'assurabilité n'est qu'*a priori* car l'obligation de remise en état de la filiale qui découle de l'article L. 512-17 du Code de l'environnement est légale. Par conséquent, elle ne devrait pas pouvoir être garantie par l'assurance de la filiale et *a fortiori* par celle de la société mère car la maladresse rédactionnelle de l'article aboutit à ce que cette obligation ne résulte pas de la faute caractérisée, mais d'une obligation de faire. C'est l'insuffisance d'actif qui résulte de la faute. Finalement, cet article poserait de véritables problèmes au regard du droit des assurances.

Conclusion du titre second

Finalement, le régime de la responsabilité civile évolue au contact de la procédure collective. Que ce soit les conditions de fond ou de forme, elles subissent l'effet de leur utilisation par la politique juridique de la procédure collective.

Premièrement, la faute de gestion évolue. Élément matériel des actions en responsabilité pour insuffisance d'actif et cessation des paiements, elle s'objectivise. Constituée d'un agrégat de faits antérieurs, elle porte intrinsèquement un caractère d'aggravation, d'où sa dénomination de faute aggravée de gestion. L'aggravation du caractère fautif est due à l'ouverture de la procédure collective, qui est déjà dommageable pour ceux qui la subisse. En effet, que ce soit la cessation des paiements ou l'insuffisance d'actif, ces deux notions revêtent la nature de dommages sans faute. Donc, dès lors qu'une faute sera commise, elle fera évoluer ces dommages en préjudices réparables. Ceux-ci possèdent, en plus des caractères du droit commun de la responsabilité civile un caractère spécifique, attaché à la procédure collective. Ce sont des préjudices collectif et holiste. Nous les assimilons aussi à des préjudices économiques, car ils ne résultent pas d'une atteinte aux biens des créanciers, mais de l'ouverture de la procédure collective.

Deuxièmement, la faute séparable évolue aussi, mais dans le sens de la subjectivisation, car ses éléments constitutifs tiennent à la particulière gravité de la faute, à l'intention dans sa commission, ainsi qu'à son incompatibilité avec l'exercice normal des fonctions. Cette évolution nous fait préférer la dénomination de faute particulièrement anormale.

Troisièmement, l'appréhension du lien de causalité des actions en responsabilité de la procédure collective évolue également. Au titre de la « contribution », s'y rattache la théorie de l'équivalence des conditions, mais limitée par la politique juridique de la procédure collective qui, pour garantir son efficacité juridique, permet au juge d'écarter la fonction réparatrice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Pour la société mère, bien que sa faute ait contribué à l'insuffisance d'actif, la contribution n'aboutira pas à sa réparation. Ici, la causalité n'est qu'un prétexte pour que la société mère prenne à sa charge le coût de la remise en état du site. Au titre du « fait » pour le créanciers souteneur, l'incidence de la procédure collective conduit à la question de savoir si on ne pas y voir un fait de la chose, fondement de l'irresponsabilité, car il n'y a pas, par principe, rupture d'équilibre entre les intérêts réels et virtuels.

Quatrièmement, les conditions de forme des actions en responsabilité intrinsèques à la procédure collective évoluent par rapport au droit commun, sous l'effet de la politique juridique de la procédure collective. Protégeant son efficacité juridique, la responsabilité civile s'y adapte. Elle ne s'applique que pour une procédure donnée, elle relève de la compétence de juridictions spécifiques, sa recherche fait intervenir certaines personnes dont le défenseur de l'intérêt général, etc.

Enfin, la garantie des risques évolue aussi. En effet, si le créancier victime d'un préjudice alors que le débiteur est en liquidation judiciaire peut, en théorie, recouvrer sa créance, aucune porte lui étant définitivement fermée, à condition toutefois de répondre aux exigences légales, en pratique il se retrouvera souvent dans l'impossibilité de se faire indemniser. Il faudrait selon nous ouvrir un droit à l'indemnisation pour le créancier victime personnellement du comportement malhonnête de son débiteur en liquidation judiciaire, car aujourd'hui la créance délictuelle semble être dépourvue du caractère utile nécessaire au paiement préférentiel, la reléguant alors au régime de la créance antérieure. Peut-être faudrait-il rendre obligatoire, ce qui n'est encore qu'une possibilité, celle de s'assurer contre le risque de faute du mandataire social. D'autant plus que ce type d'assurance attire des assureurs de plus en plus nombreux, permettant aux assurés de bénéficier d'un marché compétitif, et la concurrence qui en résulte impacte forcément son coût de souscription[1]. Cette assurance entre donc en voie démocratisation, même si elle reste méconnue. Ainsi, une étude menée du 6 au 26 février 2015, auprès d'un échantillon de 306 chefs d'entreprise représentatifs des entreprises dont le chiffre d'affaires annuel se situe entre 500 000 et 10 millions d'euros[2], révèle que :40 % des dirigeants affirment être sensibilisés aux risques de mise en cause personnelle. 53% estiment que la fréquence de ces risques est en augmentation depuis 2000 (64% sur le périmètre des PME de 10 à 19 salariés) mais 72% disent ne pas se sentir concernés par cette hausse. 61% des dirigeants citent l'assurance responsabilité des dirigeants parmi les contrats qu'ils ont souscrits dans le cadre professionnel, alors que le taux d'équipement effectif n'est que de 15%. 75% pensent à tort que le statut juridique de leur entreprise protège leur patrimoine. 51% citent les réclamations liées au droit social comme risques potentiels, les autres motifs de mises en cause à titre personnel (violation de la loi ou des statuts, faute, etc.) étant reconnus

---

[1] V., http://www.grassavoye.fr/fichiers/site_corporate/mediatheque/documents/Notedeconjoncture2016.pdf site consulté le 10 aout 2016.

[2] Etude OpinionWay/Hiscox : « Le patrimoine personnel de la majorité des chefs d'entreprise n'est pas protégé ! ». Consultable sur le site : https://www.hiscox.fr/wp-content/uploads/2015/12/20150416-CP_EtudeResponsabilite-desDirigeants_VF.pdf

par moins de la moitié des personnes interrogées. Il faut donc que les assureurs et autres intermédiaires soient pédagogues face à des dirigeants bien souvent dans l'ignorance ou qui ne différencient pas les risques qui pèsent sur la personne morale de ceux susceptibles d'atteindre leur patrimoine personnel.

D'autant que le non respect d'une assurance obligatoire aurait un effet afflictif pour le dirigeant, puisqu'il encourt des poursuites pénales et est susceptible d'engager sa responsabilité personnelle pour faute détachable des fonctions[1].

Conclusion de la seconde partie

La responsabilité civile possède donc la capacité à matérialiser un signal reçu de la procédure collective, en un changement d'expression de sa finalité et de son régime. Pour reprendre un terme scientifique, on peut parler d'épigenèse de la responsabilité civile. Ainsi, l'effet de la politique juridique de la procédure collective conduit à « reprogrammer », par son utilisation, l'étendue de la responsabilité civile. Cette mutation reflète la capacité qu'à celle-ci à évoluer. Par conséquent, c'est l'environnement extérieur, constitué par la procédure collective, qui est la cause de ces changements. Le premier changement concerne la finalité de la responsabilité civile. Elle participe à la protection de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives par la mise en évidence d'un double intérêt, dont l'évolution caractérise le nécessaire maintien de leur équilibre. Le second changement concerne le régime de la responsabilité civile. La faute, le préjudice et le lien de causalité, entendus comme des conditions nécessaires pour engager les actions en responsabilité de la procédure collective, subissent son effet. La faute s'objectivise. La qualification des préjudices dépend de la faute, car tant qu'elle n'a pas été reconnue, ils demeurent des dommages non-réparables. Quant au lien de causalité, sa nature volontairement lâche pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et pour cessation des paiements constitue une limite à la théorie de l'équivalence des conditions. Aussi, la causalité associée au concours consenti par un créancier du débiteur, évoque une irresponsabilité du fait de la chose.

[1]**C**ass., civ. 3e 10 mars 2016, rejet n° 14-15.326, *Rev. sociétés* 2016, p. 370, note P. Pisoni ; *RDI* 2016, p. 415, note J. Roussel ; *RDI* 2016, p. 415, note J. Roussel ; *JCP N* 2016, n° 28, p. 1227, note P. Storck ; *JCP E* 2016, n° 22, p. 1315, note B. Brignon ; *Dr. sociétés* 2016, n° 6, comm. 106, note M. Roussille ; *RC et ass.* 2016, n° 6, comm. 200, note H. Groutel.

Ces évolutions font du droit de la responsabilité civile un droit spécial dont le rapprochement avec le droit commun ne peut guère se faire davantage par l'étude des conditions de forme des actions spécifique à la procédure collective.

Finalement, si les actions en responsabilité de la procédure collective sont spécifiques par rapport au droit commun, elles ont comme point commun, outre celui de concourir à la protection de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, de voir les fautes assurables.

Donc, la réponse aux exigences et aux finalités des procédures collectives, qui est apportée par la politique économique, manifeste les évolutions de la responsabilité civile et conduit à la rupture avec certains principes qui l'anime. La procédure collective, qui contrôle l'étendue de la responsabilité civile, devient donc un facteur de son évolution.

Conclusion générale

Il ne semble pas inutile, en guise de conclusion, de rappeler brièvement les principaux résultats de cette recherche et de se risquer à quelques observations plus prospectives. Ce travail a deux facettes, l'une critique, peut-être descriptive et l'autre évolutive, peut-être constructrice. Il confirme les intuitions qui ont conduit à le mener : la responsabilité civile est au service de la politique de la procédure collective qui, en retour la fait évoluer. Or, pour être efficace, la politique juridique impose au débiteur d'éviter toute diminution de son patrimoine.

Tel n'est pas le cas de la créance de réparation. Pourtant, lorsque la faute est commise postérieurement au jugement d'ouverture, nous ne pensons pas qu'elle puisse revêtir les caractères de la créance utile. Mais si était pris en compte la finalité de l'acte fautif, cette créance pourrait être considérée comme utile ; il en irait ainsi si l'intention du débiteur était d'agir dans le but d'améliorer la situation de son entreprise. Finalement, il faudrait prendre en considération la finalité de la faute du dirigeant, pour que cette créance soit considérée comme privilégiée.

Cette solution, si elle ne peut constituer un fait justificatif pour le dirigeant agissant dans l'intérêt de son entreprise, pourrait l'exonérer partiellement voire totalement de sa réparation.

Or, la réparation n'est pas la finalité de la responsabilité civile dans les procédures collectives. D'ailleurs, son utilisation pour rechercher l'efficacité juridique du droit des procédures collectives prive l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif d'efficacité liée à la réparation du préjudice. Autrement dit, pour être efficace, le droit des procédures collectives implique nécessairement l'inefficacité de la fonction réparatrice de la responsabilité civile. La même idée concerne la finalité de l'action en responsabilité de la société mère qui a contribué à l'insuffisance d'actif de sa filiale, puisqu'elle ne réside pas du tout dans la réparation de l'insuffisance d'actif. Celle-ci, qui était à l'origine un dommage sans faute, a évolué par la commission d'une faute caractérisée en préjudice économique, *a priori* réparable. Toutefois, il y a ici incompatibilité manifeste entre ce préjudice économique et le préjudice écologique, incompatibilité qui se résout par la primauté du bien commun ; donc, par la non-réparation de l'insuffisance d'actif. Ce qui compte, ce n'est plus la protection de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, mais celle de l'intérêt général. Or, l'une des particularités de ce droit, est que cet intérêt ne soit pas le seul pris en compte. Bien

qu'il soit visé, puisque la procédure est un outil de la politique économique, l'intérêt général chapeaute les différents intérêts de la procédure collective. Ainsi, la responsabilité civile, qui garantit le respect de la supériorité de l'intérêt public sur les intérêts intrinsèques, participe à la protection de l'intérêt général.

Donc, par la procédure collective la responsabilité civile évolue pour protéger son efficacité juridique et, partant, garantir l'équilibre de sa politique juridique, laquelle a pour fondement l'intérêt.

En conséquence, par sa fonction protectrice de l'efficacité juridique, la finalité de la responsabilité civile est de garantir l'équilibre entre des intérêts. Émerge alors une théorie de l'équilibre fondée sur une dualité d'intérêt. Celui qui tend à atteindre l'efficacité juridique est l'intérêt réel, il ne nécessite pas l'utilisation de la responsabilité civile, contrairement à l'intérêt virtuel, qui correspond davantage à l'intérêt personnel, au détriment de la politique juridique.

Toutefois, cette théorie souffre d'une exception pour le créancier qui a consenti un concours. En effet, pour ce dernier l'intérêt virtuel ne renvoie pas directement à son intérêt personnel, mais à l'intérêt à que ne soit pas ouverte une procédure collective contre son débiteur. Il ne justifie donc pas, à lui seul, la recherche de responsabilité du créancier, car il obéit implicitement à la politique économique. Puisqu'il n'y a pas de prévalence d'un intérêt sur l'autre, le fait du concours, entendu comme le fait de la chose, explique pourquoi, *a priori*, il bénéficie d'une irresponsabilité. La procédure collective induit alors une irresponsabilité du fait des choses. Or, celle-ci, associée à la possibilité pour le créancier de rompre son concours lorsqu'est ouverte une procédure collective, crée une situation extrêmement favorable pour ce dernier. Il dispose d'un choix *quasi* discrétionnaire assis sur son intérêt personnel, ce qui est contraire à l'efficacité juridique du droit des procédures collectives. Contrariété d'autant plus vraie que cela dessert au final l'entreprise et, partant, l'intérêt général, donc la politique économique ; de telle sorte que ces immunités font perdre la confiance dans le crédit.

Pour pallier à cette double immunité, il semble nécessaire d'objectiver la relation de crédit, ce qui conduirait à la consécration d'un droit au crédit, encadré juridiquement, pour les professionnels. La notion de soutien devenant alors obsolète.

L'iniquité, qui dessert la politique juridique de la procédure collective en général, peut desservir le dirigeant en particulier, notamment lorsqu'il subit un préjudice personnel en redressement ou en liquidation judiciaire. Ici, le dessaisissement a pour effet de le priver des actions touchant à son patrimoine, de sorte que s'il subit un préjudice corporel, les dommages

et intérêts reconstitueront le gage commun des créanciers. Cette solution, à l'origine fondée sur le principe de l'unicité du patrimoine, ne se justifie plus. *A fortiori* puisque ce principe souffre d'exceptions. La plus prégnante concerne l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée pour lequel la faute aggravée de gestion engagera son patrimoine non concerné par la procédure collective, ce qui nous conduit à distinguer entre la responsabilité patrimoniale pour le dirigeant et la responsabilité *praeter* patrimoniale pour l'EIRL.

Nous disions donc que cette solution devait être abandonnée car cet entrepreneur individuel pourra engager une action en responsabilité relativement à son patrimoine personnel sans contredire la règle du dessaisissement, contrairement au dirigeant. Sans doute faudrait-il admettre à nouveau que le débiteur victime d'un préjudice personnel, non matériel, puisse exercer une action en responsabilité pour laquelle les dommages et intérêts qui lui seraient versés seront déposés sur un compte séquestre jusqu'à la clôture de la procédure collective. Si tel n'est pas encore le cas, force est de constater que le débiteur soumis à la liquidation judiciaire n'est pas dessaisi pour faire valoir ses droits propres. D'ailleurs, ces derniers évoluent, et comprennent désormais la possibilité pour ce débiteur d'exercer une action en responsabilité contre l'État.

Ainsi, excepté pour les actions exercées au titre de ses droits propres, le dirigeant est dessaisi jusqu'à la clôture de la liquidation judiciaire. En contrepartie à ce dessaisissement, les créanciers perdent leur droit de poursuite individuelle à son encontre jusqu'à ce que la procédure soit clôturée. Le cas échéant, il faut distinguer entre la nature de l'intérêt poursuivi. Si c'est un intérêt individuel, la fraude aux droits du créancier lui permet de poursuivre le débiteur sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. Or, en permettant un tel recours sur ce fondement, la jurisprudence a créé une action en responsabilité civile fondée sur la fraude. La fraude joue alors, de manière incidente, le rôle d'une faute de gestion postérieure. Par contre, si un intérêt collectif est poursuivi, la garantie de l'efficacité juridique du droit des procédures collectives commande de pouvoir rouvrir la liquidation judiciaire afin d'exercer une action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

À propos de cette action, il est exclu qu'elle puisse être écartée par une clause d'exonération, justement à cause de l'efficacité juridique, pour laquelle une telle clause rendrait sa protection inefficace ; mais aussi et surtout à cause de la nature de la faute aggravée de gestion, c'est à dire une faute objectivée par un caractère d'aggravation relié à l'ouverture de la procédure collective, lui donnant la nature d'un fait dommageable pour lequel il est possible de demander réparation.

Au titre de la cessation des paiements et de l'insuffisance d'actif, elles peuvent être considérées comme des dommages sans faute, dommages qui deviendront des préjudices par la commission d'une faute aggravée de gestion.

L'ouverture d'une action sur le fondement de la faute ayant contribué à la cessation des paiements justifie par ailleurs la rupture des concours bancaires fondée sur le comportement gravement répréhensible, ce qui tend à asseoir davantage la possibilité pour le prêteur de rompre son concours. En outre, pour cette action, dans l'hypothèse où le redressement judiciaire est converti en liquidation judiciaire, le préjudice, une fois démontré, devrait être présumé pour la seconde. Aussi, parce qu'elle n'est ouverte que pour la procédure de redressement judiciaire, le préfet devrait pouvoir l'exercer, car ce dernier, avec le ministère public participe à la défense de l'intérêt général.

La fonction de la responsabilité civile n'est donc pas la réparation du préjudice. La politique juridique de la procédure collective modifie son appréhension qui est alors mise à son service. Ce faisant, l'action en responsabilité civile participe à l'efficacité juridique du droit des procédures collectives, elle la protège en équilibrant certains intérêts ; preuve en est avec la poursuite du contrat de bail, pour lequel l'intérêt de l'entreprise supplante l'intérêt du bailleur, de telle sorte que le mandataire judiciaire qui a opté pour la continuation et dont la responsabilité est recherchée ne sera pas responsable s'il a agi dans cet intérêt. Dans le même ordre d'idée, dans l'hypothèse où le revendiquant rechercherait la responsabilité du mandataire judiciaire parce que le bien a été vendu avant qu'il n'exerce son droit, l'intérêt de l'entreprise commande de prendre en considération l'attitude antérieure du revendiquant pour exonérer, au moins partiellement, le mandataire.

En conséquence, il serait sans doute opportun de créer une action en responsabilité contre le dirigeant qui agit dans un intérêt contraire à celui de l'entreprise, action qui engloberait celles actuellement ouvertes en redressement et en liquidation judiciaire. Il s'agirait alors d'une action en responsabilité propre à la procédure collective, dont le régime pourrait être organisé comme suit :

L'actuel chapitre I du titre V serait remplacé par un nouveau chapitre intitulé : « La protection de l'entreprise en difficulté ».
Ce chapitre serait divisé en quatre articles.
Le premier reprendrait les dispositions de l'actuel article L. 651-1 du Code de commerce : « Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux dirigeants d'une personne morale

de droit privé soumise à une procédure collective, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales et aux entrepreneurs individuels à responsabilité limitée ».

Le second disposerait ainsi : « I.- Lorsque le dommage subi par l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire a été aggravé par une faute de gestion, une action en responsabilité peut alors être engagée par le ministère public, par les représentants des débiteurs et des créanciers ou par la majorité des créanciers nommés contrôleurs après avis du ministère public, contre le dirigeant de droit ou de fait qui agit dans un intérêt contraire à celui de l'entreprise.

Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, sa responsabilité sera recherchée pour une telle faute commise dans un intérêt contraire à celui de l'activité exercée.

II.- La faute aggravée de gestion ne peut être constituée par une simple erreur ou négligence[1]. Elle est un fait étranger aux finalités des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire. Elle doit avoir contribué aux préjudices constitués par la cessation des paiements ou l'insuffisance d'actif ».

Le troisième article disposerait ainsi : « Après ouverture de l'action en responsabilité, une mesure conservatoire utile est ordonnée par le président du tribunal.

Elle doit être proportionnelle aux facultés contributives des débiteurs. À cet effet, le président du tribunal charge le juge-commissaire d'obtenir, nonobstant toute disposition législative contraire, toutes les informations nécessaires relatives à la situation patrimoniale des

[1] L'article 48 du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique adopté par l'Assemblée Nationale le 14 juin 2016 prévoyait que le premier alinéa de l'article L. 651-2 du Code de commerce serait complété par une phrase rédigée ainsi : « Toutefois, 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 ». Cet article visait à simplifier le régime de la faute de gestion, afin de faciliter le rebond du dirigeant de bonne foi. Après examen au Sénat, cet article a été supprimé : v., Rapport n° 712 (2015-2016) de M. François Pillet, fait au nom de la commission des lois, sur ce projet de loi, enregistré à la Présidence du Sénat le 22 juin 2016. Cet article ne « ferait que perturber la jurisprudence », en la rendant plus sévère qu'elle ne l'est aujourd'hui. Or, la jurisprudence relative à la faute de gestion n'est pas sévère. L'appréhension de la faute de gestion par la Cour de cassation conduit *de facto* et *de jure* à ce qu'une « simple négligence » ne soit pas suffisante pour retenir cette qualification. En conséquence, l'interrogation sur « la pertinence de l'idée de protéger des dirigeants négligents au point de causer la liquidation de leur société », n'a pas lieu car en ne réprimant pas la simple négligence, on ne protège pas le dirigeant, mais l'efficacité de la procédure collective. En effet, une telle négligence ne peut, selon nous, conduire à la liquidation judiciaire. En ce sens, v., Ph. Roussel Galle, « Le mieux est parfois l'ennemi du bien ! », *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, repère 4.

débiteurs. Pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, ces informations concerneront son patrimoine non-affecté.
Les sommes ainsi recouvrées sont placées sur un compte séquestre jusqu'à ce que la juridiction statuant sur la responsabilité ait acquis autorité de la chose jugée.
Lorsque la responsabilité est reconnue, les sommes reconstituent le gage commun des créanciers ».
Le quatrième et dernier article disposerait ainsi : « L'action en protection de l'intérêt de l'entreprise est exercée pendant trois ans à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective.
Toutefois, la conversion de la procédure de redressement en liquidation judiciaire interrompt ce délai de prescription. »

Finalement, on ne devrait plus se placer ni du côté de la victime du préjudice, ni du côté de l'auteur de la faute ; mais du côté de l'intérêt pour lequel la responsabilité civile protège l'équilibre.
Or, l'efficacité juridique du droit des procédures collectives impose d'axer le travail sur la prévention des difficultés, de sorte qu'il serait selon nous opportun de créer par exemple un cas de concurrence déloyale relatif au « fait de nature à conduire l'entreprise en cessation des paiements ». Ce faisant, la protection de l'intérêt de l'entreprise ne serait plus circonscrite à la procédure collective. Peut-être faut-il voir alors dans cette fonction la direction de l'évolution de la responsabilité civile en droit des affaires ?

BIBLIOGRAPHIE

I - Dictionnaires, répertoires et encyclopédies

Alland (D) et Rials (S) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige Dicos-Poche.

Beitone (A) *et al., Dictionnaire de science économique*, 4e éd. Armand Colin.

Cornu (G), *Vocabulaire juridique,* édité par l'association H. Capitant, PUF, coll. Quadrige, 11e édition mise à jour.

Godin (C), *Dictionnaire de philosophie*, Fayard, éditions du temps, 2004.

Grand Larousse universel, tome 8.

Grand Larousse universel, tome 14.

Grevisse (M) et Goosse (A), *Le bon usage – Grevisse langue française*, De Boeck et Larcier, 14e éd., 2008.

Lalande (A), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, vol 1, 3e éd., 1993.

Littré – Dictionnaire de la langue française, tome 6.

Loilier (T) et **T**ellier (A), *Les grands auteurs en stratégie*, Collection Grands Auteurs, EMS, 2007, Chapitre VI.

Teulon (F), *Dictionnaire d'histoire, économie, finance, géographie,* 6e éd. PUF.

II - ouvrages généraux

Abravanel-Jolly (S), *Droit des assurances*, Ellipses, coll. Universités droit, 2013, 334 p.

Aynès (L) *et al. Les obligations*, LGDJ, coll. Droit Civil, 8e éd. 2016, 897 p.

Beignier (B) et Ben Hadj Yahia (S) coll., *Droit des assurances,* LGDJ, coll. Domat Droit privé, 2e éd. 2015, 866 p.

Bénabent (A), *Les obligations*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 14e éd. 2014, 726 p.

Bouloc (B), *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 24e éd. 2014, 1126 p.

Brun (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 3e éd. 2014, 642 p.

Chagny (M) et Perdrix (L), *Droit des assurances*, LGDJ, coll. Manuel, 3e éd. 2014, 528 p.

Champaud, *Le droit des affaires,* PUF, coll. « Que sais-je ? », 5e éd. 1994, 127 p.

Cléon (P) (dir.), *Gestion de la PME – Guide pratique du chef d'entreprise et de son conseil*, EFL, 2015-2016, 816 p.

Cornu (G), *Droit civil. Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9e éd. 1999, 676 p.

Dreyer (E), *Droit pénal général*, Litec, coll., Manuel, 3e éd. 2014, 1325 p.

Fabre-Magnan (M), *Droit des obligations, 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis droit, 3e éd. 2013, 523 p.

Germain (M), avec le concours de Magnier (V), *Traité de droit commercial – Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, LGDJ, 2009, 994 p.

Guyon (Y), Droit des affaires – Entreprise en difficultés. Redressement judiciaire – Faillite, Economica, t. II, 9e éd. 2003, 484 p.

Hilaire (J), *Introduction historique au droit commercial*, PUF, coll. Droit fondamental, 1986, 360 p.
Hilaire (J), *Le Droit, Les Affaires et L'Histoire*, Economica, 1995, 369 p.

Jacopin (S), *Droit pénal général*, Bréal, coll., Grand Amphi Droit, 3e éd. 2015, 519 p.

Jacquemont (A) et Vabres (R), *Droit des entreprises en difficulté,* LGDJ, Domat Droit privé, 9e éd. 2015, 750 p.

Jeantin (M) et Le Cannu (P), *Droit commercial – Entreprises en difficulté*, Dalloz, coll., Précis Droit privé, 7e éd. 2007, 873 p.

Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 9e éd. 2014, 186 p.

Lagarde (G), *Cours de droit commercial*, éd. Les cours de droit, 1965 et 1966, 746 p.

Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 13e éd. 2011, 930 p.

Le Corre (P.-M), *Droit et pratiques des procédures collectives*, Dalloz, Dalloz Action 2015/2016, 8e éd. 2014, 2791 p.

Le Tourneau (Ph), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Dalloz Action, 2014/2015, 10e éd. 2014, 2304 p.

Legeais (D), *Droit commercial et des affaires*, Dalloz, coll. Sirey, Université, 22e éd. 2015, 638 p.

Leroy (J), *Droit pénal général*, LGDJ, coll. Manuel, 5e éd. 2014, 484 p.

Lévy (J.-Ph) et Castaldo (A), *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll., Précis Dalloz-Droit privé, 2e éd. 2010, 1619 p.

Lienhard (A), *Procédures collectives 2015-2016*, Dalloz, éditions Delmas, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires 6e éd. 2014, 615 p.

Lyon-Caen (Ch.) et Renault (L), *Traité de droit commercial*, 2e éd., t. 7, F. Pichon, Paris, 1897, 532 p.

Mazeaud (H. et L.) et Tunc (A), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome. I, Montchrestien, 6e éd. 1965, 1080 p.

Mazeaud (H et L et J), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome II, Montchrestien, 6e éd. 1970, 1151 p.

Mazeaud (H et L et J) et Chabas (F), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, second volume, LGDJ, coll. Anthologie du droit, réédition de l'ouvrage original paru en 1983 aux éditions Montchrestien, 646 p.

Mayaud (Y), *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 5e éd. 2015, 766 p.

Pérochon (F), *Entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Manuel, 10e éd. 2014, 875 p.

Piedelièvre (S), *Droit commercial*, Dalloz, coll. Cours dalloz, série Droit privé, 10e éd. 2015, 404 p.

Pothier*, Traité des obligations,* Nouvelle édition, Dabo Jeune Libraire, Paris*,* 1825.

Pradel (J), *Droit pénal général*, Cujas, coll. Référence, 19e éd. 2012, 756 p.

Saint-Alary-Houin (C), *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat droit privé, 9e éd. 2014, 990 p.

Savatier (R), *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 2, 2e éd. 1951, LGDJ, 572 p.

Soinne (B) et Kerckhove (coll.), *Traité des procédures collectives – Commentaires de textes. Formules*, Litec, 2e éd. 1995, 2812 p.

Szramkiewicz (R), *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, coll. Domat/Droit Privé, 1re éd. 1990, 343 p.

Terré F. (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, 224 p.

Terré (F), *et. al., Droit civil-Les obligations*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 11e éd. 2013, 1620 p.

Tunc (A)*, La responsabilité civile*, Economica, 2e éd. coll., Études juridiques comparatives, Paris, 1989, 208 p.

Viney (G), *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 3e éd. 2007, 1408 p.

Viney (G), *et.al. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Traité de droit civil, 4e éd. 2013, 1316 p.

Viney (G) et Jourdain (P), *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 3e éd. 2011, 974 p.

Voinot (D), *Procédures collectives*, LGDJ, coll. Cours, 2e éd. 2013, 396 p.

Waline (J), *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 25e éd. 2014, 768 p.

III - ouvrages spéciaux

Alexandre (Cl), *et. al. L'application du droit de la faillite. Éléments pour un bilan*, (sous dir.) Sayag (A) et Serbat (H), Litec, coll. Le droit des affaires, étude du CREDA, 1982, 315 p.

Bernstein (R), *Economic Loss*, Longman commercial, Sweet & Maxwell, 1993, 532 p.

***C**ode civil Français-discours et exposé des motifs*, Tome III, Imprimerie Huyghe, Bruxelles, 1804, 446 p.

Conte (P), *et. al. Le dirigeant de société : risques et responsabilités*, édition du Juris-classeur, coll. Juris Compact, 2002, 1113 p.

Dabin (J), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, 313 p.

Derrida (F) *et. al.*, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – cinq années d'application de la loi de 1985*, Dalloz, 3e éd. 1991, 675 p.

Duhem (P), *La théorie physique, son objet, sa structure*, Vrin, Histoire des Sciences, 1997, 540 p.

Farjat (G), *Pour un droit économique*, PUF, coll., Les voies du droit, 209 p.

Fenet (A), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIII, Ducessois, Paris, 1827, 832 p.

Gavalda (C) et Stoufflet (J), *Droit bancaire*, LexisNexis, coll., Manuel, 9e éd. 2015, 772 p.

Gérard (Ph) *et al., Droit et intérêt – Volume 1 : approche interdisciplinaire,* Publication des facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, 1990, 356 p.

Gibirila (D) et Feugere (W), *Maîtrise des risques du dirigeant*, EDFL, Dossiers Pratiques Francis Lefebvre, 2009, 551 p.

Houin (R), *Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire : Étude des mécanismes : rapport de l'inspection générale des finances*, Paris, Sirey, 1970, 176 p.

IFPPC et le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, avec le soutien de la Caisse des dépôts et consignations, *Manuel théorique et pratique à l'usage des juges-commissaires – Traitement des procédures de sauvegarde, redressement judiciaire et liquidation judiciaire des entreprises,* 2012, 98 p.

Lainné (M.-A.-F.), *Commentaire analytique de la loi du 18 juin 1838 sur les faillites et banqueroutes*, éd. Videcoq, Paris, 1839, 676 p.

Le Corre-Broly (E) dir. *Contentieux bancaires des procédures collectives – L'établissement de crédit et l'entreprise en difficulté*, Bruylant, coll. Procédures, 2014, 250 p.

Maitre (G), *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préface de Horata Muir Watt, LGDJ, coll. Droit et Économie, 2005, 336 p.

Malarewicz (J.-A), *Gérer les conflits au travail, Développez la médiation face aux risques psychosociaux*, Pearson, coll. Village Mondial, 2e éd. 2011, 170 p.

Moréteau (O) (dir.), *European Group on Tort Law – Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, 2011, 266 p.

Ost (F), *Droit et intérêt – Volume 2 : entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, 1990, 196 p.

Percerou (J), *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires-Volume 1*, éd., Rousseau et Cie 2e, Paris, 1935, 2651 p.

Prager (J.-C) et **V**illeroy de Galhau (F), *Dix-huit leçons de politique économique*, 2e éd. 2006, Seuil, 568 p.

***R**ecueil de lois composant le Code civil, avec le discours des orateurs du Gouvernement, les rapports de la commission du Tribunat et les opinions émises pendant le cours de la discussion*, Livre III, Tome V, Paris, Moreaux, 1804, 464 p.

Savatier (R), *La réforme de la procédure de faillite et de liquidation judiciaire par le décret-loi du 8 août 1935*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1936, 38 p.

Schafer (S), *Compensation and Restitution to Victims of Crime,* Patterson Smith, 2e éd. 1970, 130 p.

Thieriet (M), *Code des faillites et banqueroutes, ou Recueil des travaux préparatoires de la loi du 28 Mai 1838, mise en conférence avec le Code de commerce de 1807*, éd. Ch. Hingray, Paris, 1840, 375 p.

Van de Kerchove (M), *Sens et non-sens de la peine entre mythe et mystification*, Faculté Universitaire Saint Louis, coll. Droit, 2009, 613 p.

Voinot (D), *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll., Droit et Économie, 2007, 361 p.

IV - Thèses

Ballot-Léna (A), *La responsabilité civile en droit des affaires – Des régimes spéciaux vers un droit commun*, préface de Philippe Dubois, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 493, 551 p.

Boré (L), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 278, 1997, 336 p.

Bouillon (B), *La faute de gestion du dirigeant social*, Thèse, Lille 2, soutenue le 14 mai 1982, 293 p.

Cherchouly Sicard (F), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion*, Thèse, Bibliothèque Cujas, Paris, 1982, 298 p.

Descamps (O), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804,* Préface de Anne Lefebvre-Teillard, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005, 555 p.

Ferrari (M), *La responsabilité civile du chef d'entreprise en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens*, Université de Paris, 1970, 330 p.

Girard (B), *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, préface de Muriel Fabre-Magnan, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2015, tome 562, 414 p.

Guillemain (C), *Le trouble en droit privé*, préface Philippe Conte, PUAM, coll. Institut Droit des affaires, 2000, 545 p.

Jobart (J.-C), *L'individualisme en droit public français,* thèse, Toulouse 1, 2009, 1109 p.

Kharroubi (K), *Cessation des paiements et ouverture des procédures collectives-contribution à l'étude de la notion de cessation des paiements,* Thèse, Paris II, 1984, 284 p.

Lemay (P), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préface de Mme Chassagnard-Pinet, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014, 568 p.

Léonard (T), *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile,* préface de Michel Coipel et de Luc Cornelis, Larcier, Collection de thèses, , 2005, 894 p.

Likillimba (G.-A), *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, préface de Jacques Mestre, BDE, Litec, tome 36, 2e éd. 2001, 622 p.

Maymont (A), *La liberté contractuelle du banquier – Réflexions sur la sécurité du système financier*, préface de Dominique Legeais, Centre Michel de l'Hospital, 2014, 608 p.

Messaï-Bahri (S), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, préface de Paul Le Cannu, BIRJS – André Tunc, tome 18, Paris 1, 2009, 478 p.

Mekki (M), *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préface de Jacques Ghestin, LGDJ, 2004, Bibliothèque de droit privé, tome 411, 928 p.

Melleray (F), *Essai sur la structure du contentieux administratif français – Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, préface de Jean du Bois de Gaudusson, LGDJ, 2001, Bibliothèque de droit public, tome 212, 466 p.

Quézel-Ambrunaz (C), *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile,* préface de Philippe Brun, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, 750 p.

Redenius-Hoevermann (J), *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 517, 2010, 530 p.

Roujou de Boubée (M.-E), *Essai sur la notion de réparation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1974, 493 p.

Rouxel (S), *Recherches sur la distinction di dommage et du préjudice*, Thèse soutenue à la faculté de Grenoble, 1994, 680 p.

Scholastique (E), *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés – Droit français et anglais,* préface de André Tunc, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 302, 465 p.

Sénéchal (M), *L'effet réel de la procédure collective – Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préface de Marie-Hélène Monsérie-Bon, BDE, Litec, tome 59, 2002, 976 p.

Sintez (C), *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile – Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, préface de Catherine Thibierge et Pierre Noreau, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, 514 p.

Sousi (G), *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales,* thèse, Lyon III, 1974.

Starck (B), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, 504 p.

Vallaeys (F), *Les fondements éthiques de la Responsabilité Sociale*, Thèse pour le doctorat de philosophie, Université Paris Est Créteil, 2011, 526 p.

V - Colloques

Colloque, *Réforme du droit des entreprises en difficulté, premiers bilans un an après*, Faculté de droit Alexis de Tocqueville, organisé par le CEP le 2 octobre 2015.

Colloque, *La réforme du droit des procédures collectives : nouveau rebond pour le débiteur ?*, Université de Lille 2, sous la direction de Denis Voinot le 23 mai 2014.

Colloque, *Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires*, de l'association Droit et Commerce organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 : *Gaz. Pal*. 25 et 26 juin 2008.

VI - Articles de doctrine

Alt-Maes (F), « La nouvelle place de la faute technique et de la faute éthique depuis la loi du 4 mars 2002 », *RGD méd.* 2004, n° 14, p. 109.

Aubert (J.-L), « Responsabilité civile. Responsabilité du fait d'autrui. Art. 1384, al. 1er, C. civ. Présomption. Cas. Énumération légale. Caractère non limitatif », *Defrénois* 1991, n° 44, p. 729.

Auque (F), « Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises », *RTD civ.* 1994, p. 693.

Auzero (G), « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D. Affaires*, 26 mars 1998, n°110, p. 502.

Bach (L), « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *RTD civ.*, 1977, p. 17.

Barale (J), « Les droits nationaux des procédures collectives dans l'Union Européenne », *Rev. proc. coll.* 2003, n° 2, p. 75.

Barbièri (J.-F), « Le dirigeant associé », *Dr. sociétés* 2016, n° 3, dossier 9.

Baruffolo (R), « La notion de fondement en responsabilité délictuelle », *RRJDP* 2010-1, PUAM, p. 131.

Bélot (F), « Pour une reconnaissance de la notion de préjudice économique en droit français », *LPA* 28 décembre 2005, n° 258, p. 8.

Berthelot (G), « Les aménagements de la liquidation judiciaire issus de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, dossier 21.

Beyneix (I), « Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique », *LPA* 19 septembre 2011, n° 186, p. 17.

Bigot (J), « L'incidence de la loi de sauvegarde sur le contrat d'assurance », *JCP G* 24 octobre 2005, n° 43.

Blin-Franchomme (M.-P), « De l' « évolution des espèces » : vers une responsabilité environnementale des groupes de sociétés », *RLDA* octobre 2009, comm. 2506, n° 42, p. 10.

Bolard (G), « La déontologie des mandataires de justice dans les faillites », *D.* 1988, chron p. 261.

Bonneau (Th), « Du droit au crédit », *RD banc. et fin*., 2002, n° 1 Alerte 1, p. 3.

Borghetti (J.-S), « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile-Commentaires des principales dispositions », *D.* 2016, p. 1442.

Borghetti (J.-S), « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p. 1.

Bourrié-Quenillet (M), « La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif », *JCP G*, 18 février 1998, I, n°112, p. 319.

Bouru (O) *et al.* « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? », *Rev. proc. coll.,* septembre 2009, n° 5, entretien 2.

Boutté (G), « La médiation préventive ou d'accompagnement – L'exemple du droit des entreprises en difficulté », Cahiers de droit de l'entreprise, 2016, n° 3, dossier 20.

Brun (Ph), « Responsabilité civile-Novembre 2013-Décembre 2014 », *D.* 2015, p. 124.

Brun (Ph), « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses », *RTD civ.* 2010, p. 487.

Cabrillac (R), « L'avenir du Code civil », *JCP G* 2004, n° 13, doctr 121.

Cagnoli (P), « L'absence de préjudice pour le débiteur n'est pas une condition de la réouverture de la liquidation judiciaire et le faible profit de cette action pour les créanciers n'en est pas un obstacle », *Act. proc. coll.*2012 n° 12, alerte 181.

Cagnoli (P), « Les responsabilité des autres acteurs de la procédure collective », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, dossier 13.

Caillé (C), « La responsabilité médicale nouvelle », *RGD méd.* 2003, n° 10, p. 59.

Camensuli-Feuillard (L), « L'irresponsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé, du créancier et de la société débitrice en difficulté », *Bull. Joly* 1er janvier 2008, n°1, p. 66.

Campana (M.-J), « La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire », *LPA* du 20 avril 1994, n° 46, p. 11 et *RJ com.* 1994, p. 133.

Capitant (H), « La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930 », *D*. 1930, chron., p. 31.

Caramalli (D), « Réforme du soutien abusif de crédit : le point de vue du praticien », *LPA* 18 avril 2005, n° 76, p. 6.

Cerati-Gauthier (A), « Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : des atteintes justifiées aux droits des associés et actionnaires de la société débitrice », *BJE* 1er mars 2015, n° 2, p. 129.

Champaud (C) et Danet (D), « Responsabilité des dirigeants sociaux du fait de leur gestion. Règle du non-cumul entre comblement de passif et responsabilité de droit commun. Limites. », *RTD com*. 2000, p. 655.

Chauvaux (D), « Exercice de l'action en comblement de passif à l'encontre d'une collectivité publique », *RJDA* 2/2007, p. 119.

Clavagnier (B) et L'Hullier (G), « La responsabilité financière personnelle des dirigeants d'association », *JA* 1995, n° 124, p. 29.

Clément (P), « Ouverture », *LPA* 2006, n° 54, p. 4.

Cohen-Jonathan (A) et Haeri (K), « L'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux de l'entreprise », *Rev. sociétés* 2015, p. 487.

Cornu (G), « Un code civil n'est-il pas un instrument communautaire, *D.* 2002, p. 351.

Crédot (F.-J) et Gérard (Y), « Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif », *RD banc. et fin.* 2005, n° 5, p. 10.

Crédot (F.-J), « Risque bancaire et crédit bancaire aux entreprise », *LPA* 7 juillet 1993, n° 81, p. 10.

Cristol (D), « Diagnostic prénatal : la Cour de cassation lève le voile sur la « faute caractérisée » », *RDSS* 2013, p. 325.

Dadoun (A), « Soutien abusif : la responsabilité pour faute… Double », *LPA* 10 mai 2012, n° 92, p. 9.

Dagger (R), « Restitution, Punishment, and Debts to Society », *in Victims, offenders, and Alternative Sanctions*, éd., Joe Hudson and Burt Galaway, pp. 3 à 13, Lexington: Lexington Books, 1980.

Daigre (J.-J), « Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux poids, deux mesures ? », *RD banc. et fin.* 2005, n° 4, p. 3.

Daigre (J.-J), « Une évolution jurisprudentielle bienvenue : le non-cumul de l'action en comblement du passif et des actions en responsabilité de droit commun », *Bull. Joly* 1995, paragraphe 346, p. 953.

Dammann (R), Menjucq (M) et Roussel Galle (Ph), « Le nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 1, étude 2.

Dammann (R) et Podeur (G), « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 27 mars 2014, n° 12, p. 752.

Dammann (R), « Réforme de la loi de sauvegarde : vers un renforcement du rôle des contrôleurs ? », *BJE* 2014, n° 2, p. 74.

Dammann (R), « La responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du code de commerce : la fin des incertitudes », *D.* 2012, p. 1455.

Danjaume (G), « La responsabilité du fait de l'information », *JCP G* 1996, I, p. 3895.

Décima (O) et Sautonie-Laguionie (L), « L'articulation des sanctions pénales et civiles en matière d'entreprises en difficulté », *in La responsabilité du chef de l'entreprise en difficulté*, dir. B. Saintourens et J.-C. Saint-Pau, éd. Cujas, coll. Actes & Études, 2013, p. 47.

De Brosses (A), « La rupture fautive de relations », *D. et patrim.* Juin 2003, n° 116, p. 50.

De Forges (J.-M), « Handicap congénital : le dispositif « anti Perruche » », *RDSS* 2002, n° 4, p. 645.

De Givry (E), « crise de la responsabilité civile », *in Quelles perspectives pour la recherche juridique*, sous la direction de Y. Aguila, coll., Droit et Justice, PUF, 2007, p. 246.

De Gouttes (R), « À propos des métamorphoses du droit de la responsabilité civile : à la recherche d'une remise en ordre dans le désordre actuel des normes », *Gaz. Pal*. 15 et 16 février 2012, p. 5.

Deharo (G), « Le rôle de l'avocat dans la gestion du risque juridique en entreprise », *Gaz. Pal.,* dimanche 16 au mardi 18 janvier 2011, p. 19.

Delattre (C), « Le cadre d'intervention du commissaire au redressement productif », *BJE* 2014, n° 2, p. 130.

Delattre (C), « L'intervention du ministère public dans la loi de sauvegarde (à jour des ordonnances du 12 mars 2014, du 26 septembre 2014 et du décret du 30 juin 2014) », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, p. 2.

Delattre (C) et Etienne-Martin (E), « Prévention : le mandat *ad hoc* et la conciliation plus efficaces et plus accessibles ? », *Rev. proc. coll*., mars-avril 2014, dossier 15.

Delattre (C), « Périmètre d'une transaction en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, focus 1.

Delattre (C), « Le contrôleur : quand l'acteur secondaire devient l'acteur principal en matière de sanction civile », *JCP E* 2013, n° 15, p. 1193.

Delattre (C), « Quelques précisions sur la notion de transaction en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 5, étude 35.

Delattre (C) *et al.,* « Responsabilité des dirigeants », *BJE* novembre 2012, n° 6, p. 419.

Delattre (C), « Les actes préparatoires à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (articles L. 651-4 et R 651-5 du Code de commerce) », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, étude 2, p. 14.

Deleneuville (J.-M), « L'action en comblement de l'insuffisance d'actif social de l'article L. 624-3 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.,* juin 2002, n° 2, p. 76.

Delpech (X), « Publication de la liste et du ressort des tribunaux de commerce spécialisés en matière de procédures collectives », *Dalloz actualité* 4 mars 2016.

Demeyere (D), « Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux », *Gaz. Pal* 6 avril 2013, n° 96, p. 13.

Derrida (F), « Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 (action en comblement d'insuffisance d'actif social) », *D.* 2001, n° 17, chron. 1377 et *LPA* 9 juillet 2001, n° 135, p. 6.

Derrida (F), « le non cumul de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif social et de l'action de droit commun de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *D.* 1995, p. 390 et *Rev. sociétés*, 1995, p. 555.

Derrida (F), « Conditions d'interruption des concours bancaires pendant la période d'observation du redressement judiciaire », *D.* 1992, p. 261.

Descamps (O), « L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *Droits* 2005, n° 41, p. 91.

Desurvire (D), *Banqueroute et faillite – De l'Antiquité à la France contemporaine*, LPA 30 aout et 2 septembre 1991, n°s 104 et 105, p. 12 et 4.

Deumier (P) et Gout (O), « la constitutionnalisation de la responsabilité civile », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n°31, mars 2011.

Diesbecq (A), « La cupidité en droit des procédures collectives », *Gaz. Pal.* 29 et 31 décembre 2013, n° spécial, 363 à 365, p. 18.
Diesbecq (A), « Conditions procédurales de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif – (C. com., art. L. 651-2 : quelques conseils pratiques), *Rev. proc. coll*. 2012, n° 4, p. 1.

Didier (P), « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés*, 2003, n° 2, p. 238.

Dissaux (N), « La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé », *AJCA* 2014, p. 60.

Dondero (B), « L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociales », *Rev. sociétés* 2011, p. 97.
Dondero (B), « Définition de la faute séparable du dirigeant social », *D.* 2003, p. 2623.

Douaoui-Chamseddine (M), « Les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif et en extension s'appliqueront-elles à l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée ? », *RLDA* novembre 2010, n° 54, p. 53.

Dross (W), « L'argent se revendique-t-il ? », *RTD civ*. 2013, p. 649.

Dubois (C) et Zaarour (J.-B), « La notion de rétablissement du débiteur en procédures collectives », Article finaliste du concours « Décrochez la une » des éditions LexisNexis 2014.

Dubuisson (E), « L'EIRL face aux difficultés de l'entreprise. Une exception va-t-elle confirmer la règle ? », *JCP N* 7 janvier 2011, n° 1, p. 44.
Dubuisson (E), « EIRL, un tournant du droit en procédures accélérée… », *RLDA* 2010, n° 50, p. 15.

Dumont-Lefrand (M.-P) et Lisanti (C), « Le législateur des cas particuliers », *Act. proc. coll.*, n°7, avril 2012, repère 96.

El Ahdab (J), « La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ? », *Rev. sociétés* 2008, p. 239, note n° 6.

Esmein (P), « Le fondement de la responsabilité contractuelle, rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.* 1933, p. 629.

Ewald (F), « responsabilité, solidarité, sécurité, La crise de la responsabilité civile en France à la fin du xxe siècle », *Risques*, avril-juin 1992, n°10, p. 9.

Fauvarque-Cosson (B), « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463.

Favario (T), « Précisions sur l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif contre le représentant permanent d'une personne morale », *BJE* mars 2014, n° 2, p. 95.

Favario (T), « L'absolution par le juge d'une faute de gestion », *LEDEN* 2013, n° 4, p. 6.

Forray (V), « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RTD com.* 2008, n° 4, p . 661.

Fortis (E), « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », Colloque du 1er février 2001 organisé par le centre de recherche en droit privé de l'Université Paris I, *RSC*, octobre-décembre 2001, p. 736, spéc., p. 739.

Fourgoux (J.-L), « Panorama de la rupture brutale des relations commerciales », *AJCA* 2015, p. 19.

Frédéric (B) et Sarah (U), « La validité des lettres de licenciement au sein des SAS », *JCP E* 25 février 2010, n° 8, p. 1205.

Fricero (N), « La ministère public, partie principale et partie jointe », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2015, n° 5, dossier 37.

Froehlich (Ph), « Avant-propos », *LPA* 9 avril 2009, n° 71.

Garaud (E), « Irresponsabilité du banquier si le concours assorti de garanties exagérées n'est pas lui-même fautif », *LPA* 24 juillet 2012, n° 147, p. 18.

Gentin (F), « Au delà de son intérêt pratique, la réforme opérée par l'ordonnance est un vrai revirement dans l'approche française du droit des entreprises en difficulté », *BJE* 1er mai 2014, n° 3, p. 208.

Granier (V), « Quelques réflexions sur l'action civile », *JCP* 1957, I, doctr. 1386, p. 42.

Gratton (L), « Le dommage déduit de la faute », *RTC civ.* 2013, p. 275.

Grelon (B), « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de « régulation bancaire et financière » en date du 22 octobre 2010 », *Rev. sociétés* 2011, p. 7.

Haehl (J.-Ph), « Prééminence du droit des sanctions des procédures collectives sur le droit commun de la responsabilité civile », *RTD com.* 1995, p. 663.

Haehl (J.-Ph), « La réforme mesurée du droit des sanctions », *LPA* du 14 septembre 1994, n° spécial (110), p. 22.

Hennion-Jacquet (P), « Handicap de l'enfant et gradation de la faute du praticien », *D.* 2004, n° 39, p. 2814.

Henriot (J), « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsable », *Arch. phil. Dr.*, Sirey, 1977, n° 22, p. 59.

Henry (L.-C) et Carboni (C.-H), « La place du dirigeant : de la liberté de gestion au dessaisissement », *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, dossier 24.

Henry (L.-C), « La sauvegarde financière accélérée ou les leçons de la pratique », *LPA* 22 novembre 2010, p. 4.

Hoang (P), « Les actions de droit commun du coemprunteur in bonis emportées dans la spirale de l'irresponsabilité du prêteur », *Rev. proc. coll*. 2014, n° 2, étude 7, p. 16.

Hoang (P), « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2012, p. 2034.

Hoang (P), « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, p. 1458.

Honorat (A), « Liquidation d'une astreinte et revendication d'un matériel loué au débiteur : l'astreinte est-elle une créance prioritaire ? », *D.* 1999, p. 190.

Hoonakker (P), « Dernières réformes de l'exécution provisoire : raison et déraison », *D.* 2006, n° 11, p. 754.

Houtcieff (D), « À la recherche de la créance disparue : l'indemnisation du créancier forclos en cas de fraude du débiteur », *RLDA* 2002, n° 50, p. 7.

Jambort (S), « Le régime fiscal de l'EIRL », *Bull. Joly* 2011, n° 3, p. 261.

Jourdain (P), « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *LPA* 2004, n° 224, p. 49.

Jourdain (P), « La reconnaissance d'une responsabilité du fait d'autrui en dehors des cas particuliers énoncés dans l'article 1384 », *RTD civ.* 1991, p. 312.

Josserand (L), « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », *D.* 1939, chron., p. 29.

Josserand (L), « Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées », *D.* 1930, chron., p. 5.

Josserand (L), « La responsabilité du fait des automobiles devant les Chambres réunies de la Cour de cassation », *D.* 1930, chron., p. 25, spéc., p. 28.

Kuntz (J.-E), « La réforme voulue d'ampleur passe sous silence des problématiques pourtant majeures », *BJE* 1er mai 2014, n° 3, p. 214.

La cession forcée de droits sociaux validée par le Conseil constitutionnel, *JCP E* 15 octobre 2015, n° 42, act. 781, sommaire.

« La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, entretien 2.

Lacoste (B), « Du comblement de passif à la responsabilité pour insuffisance d'actif – Retour sur dix ans d'application de la responsabilité pour insuffisance d'actif », *Cahiers de droit de l'entreprise* juillet 2016, n° 4, dossier 39.

Lambert-Faivre (Y), « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 1.

Lambert-Faivre (Y), « L'évolution de la responsabilité civile : d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.,* 1987, p. 1.

Lapoyade Deschamps (C), « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RIDC* 1998-2, p. 372.

Lasserre Capdeville (J), « Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'évolution des sanctions », *BJE* 1er mai 2014, n° 3, p. 206.

Laverrière (E), « Le droit des procédures collectives ou une zone absolue d'intérêts divergents », *BJE* 2016, n° 5, p. 307.

Le Bars (B), « responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Répertoire de droit des sociétés* janvier 2013, n° 44.

Le Cannu (P), « La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *Rev. sociétés* 2005, p. 743.

Le Corre (P.-M), « L'intérêt collectif est-il l'intérêt de tous les créanciers ? », *BJE* 2016, n° 3, p. 214.

Le Corre (P.-M), « Notion d'action tendant à la défense de l'intérêt collectif des créanciers », *D.* 2015, p. 1970.

Le Corre (P.-M), « La notion d'action tendant à la défense de l'intérêt collectif des créanciers », *BJE* 2015, n° 5, p. 269.

Le Corre (P.-M), « Lecteurs choyés de la Gazette… », *Gaz. Pal.* 8 avril 2014, n° 98, p. 5.

Le Corre (P.-M), « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.,* 27 mars 2014, n° 12, p. 733.

Le Corre (P.-M), « En avant pour une nouvelle réforme de la loi de sauvegarde des entreprises ! », LPA, 9 décembre 2013, p. 3.

Le Corre (P.-M), « Pour quelques barils de plus chez la fille, et pour quelques dollars de moins…chez la mère : la loi Pétroplus du 12 mars 2012 », *Rev. sociétés* 2012, p. 412.

Le Corre (P.-M), « L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté », *D.* 2011, p. 91.

Le Corre (P.-M), « Les clôtures », *Rev. proc. coll.* 2008/2, p. 136.

Le Gac-Pech (S), « Préjudices des salariés et intérêt collectif des créanciers », *JCP E* 2015, n° 45, p. 1522.

Le Mesle (L), « Recevabilité de l'action individuelle d'un créancier : qu'est-ce qu'un préjudice distinct de celui de l'ensemble des créanciers ? », *Bull Joly Entreprises en difficulté*, 1er janvier 2013, n°1, p. 16.

Lederer (E), Les Échos, 10 avril 2014, p. 30.

Leduc (F), « Le droit de la responsabilité civile hors le code civil », *LPA* du 6 juillet 2005, n° 133, p. 3.

Legeais (D), « La responsabilité bancaire pour fourniture de crédit », *RD banc. et fin.* 2014, n° 6, étude 24.

Legeais (D), « Responsabilité bancaire. Portée des exceptions au principe de non responsabilité bancaire. Article L. 650-1 du code de commerce », *RTD com.*2013, p. 829.

Legeais (D), « Les actions en soutien abusif », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 4, dossier 27.

Legeais (D), « Responsabilité du banquier en matière de crédit », *RD banc. et fin.* 2010, n° 2, études 4.

Legeais (D), « Droit au crédit. Portée des engagements souscrits par les banques pour remédier à la crise du crédit. Rôle du médiateur. De l'existence d'un droit au crédit », *RTD com.* 2009, p. 186.

Legeais (D), « Sur le droit au crédit », *RJ com.*, novembre/décembre 2008, n° 6, p. 427.

Legeais (D), « Non respect de l'engagement d'accorder un crédit », *RTD com.* 2007, p. 820.

Legrand (V), « Le mineur non émancipé EIRL : quelle perspective pour les parents ? », *LPA* 24 novembre 2010, n° 234, p. 7.

Legrand (P), « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *Revue internationale de droit comparé.* 1996, p. 779.

Lèguevaques (C), « Les créanciers contre-attaquent », *LPA* 10 juillet 2013, n° 137, p. 4.

Leport (A) et Guyot (H), « Polémiques autour du pouvoir de licencier dans la société par actions simplifiée », *JCP S* 16 février 2010, n° 7, p. 1067.

Lequette (Y), « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », *D.* 2002, p. 2202.

Lesaulnier (A), « Le mandat *ad hoc* devant le tribunal de commerce après la réforme du droit des entreprises en difficulté », *RTD com.* 2016, p. 225.

Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires, Colloque de l'association Droit et Commerce organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 : *Gaz. Pal*. 25 et 26 juin 2008, p. 1689 et s.

Le Tourneau (Ph), « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.* 1990, chronique p. 21.

Leveneur (L), « Code civil, Code de commerce et Code de la consommation », *in* 1807-2007 Le Code de commerce, Dalloz, 2007, p. 81.

Lienhard (A), « Reprise des poursuites individuelles en cas de fraude du débiteur : comment recouvrer les dommages-intérêts compensant la créance éteinte ? », *D.* 2003, p. 1911.

Loi n° 2014-1 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, « simplifier et sécuriser la vie des entreprises », *BJE* 01 janvier 2014, n° 1, p. 7.

Lucas (F.-X), « Responsabilité pour insuffisance d'actif, une étrange indulgence », *Bull. Joly* 1 juin 2015, n° 6, p. 265.

Lucas (F.-X), « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE* 1er mars 2014, n° 2, p. 111.

Lucas (F.-X), « L'EIRL en difficulté », *LPA* 28 avril 2011, n° 84, p. 49.

Lucas (F.-X), « Le sort du débiteur », *LPA* 2007, n° 119, p. 60.

Lucas (F.-X), « Action en responsabilité exercée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société soumise à une procédure collective », *Bull. Joly sociétés*, 1er juillet 2006, n° 7, p. 938.

Lucas (F.-X), « L'ouverture de la procédure collective », *LPA* 10 juin 2004, n° 26, p. 4.

Macorig-Venier (F), « Incidence de la loi Macron en matière de traitement amiable des difficultés des entreprises sur la compétence » *RTD com.* 2016, p. 192.

Magnier (V), « Les class actions d'investisseurs en produits financiers », *LPA* 10 juin 2005, n° 115, p. 33.

Mainguy (D), « L'introduction en droit français des class actions », *LPA* 22 décembre 2005, n° 254, p. 6.

Malaurie (Ph), « Le Code civil européen des obligations et des contrats – Une question toujours ouverte – Colloque de Leuven (Belgique) (30 nov. – 1er déc. 2001) », *JCP G* 2002, n° 6, I 110.

Malinvaud (P), « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'une code européen des contrats », *D.* 2002, p. 2542.

Maréchal (C), « L'intérêt collectif des créanciers », *Rev. proc. coll.*, mai 2014, n°3, étude 10, paragraphe 5 et 7.

Martin (G.-J), « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II ») », *Rev., sociétés*, 2011, n° 2, p. 75.

Martineau-Bourgninaud (V), « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002, p. 245.

Martin-Serf (A), « L'insolvabilité internationale et les groupes de sociétés », *Rev. proc. coll.,* n°6, novembre 2013, dossier 48.

Martin-Serf (A), « La crise financière : aspects juridiques », *RJ com*., Mai/Juin 2009, n°3, p. 174.

Martin-Serf (A), « Réformes des procédures collectives – sanctions civile », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, p. 99.

Martin-Serf (A), « l'évolution législative et les conflits », *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2008, colloque de l'Association Droit et Commerce, p. 1694.

Martin-Serf (A), « Le droit communautaire de la faillite. Une construction laborieuse et complexe », *RJ com.* 2004, p. 145.

Mascala (C), « Le périmètre des sanctions », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, dossier 5, p. 72.

Mastrullo (T) et Menjucq (M), « Procédure collective du mandataire et revendication des sommes d'argent spécialement affectées au paiement du mandant », *Rev. proc. coll.* 2016, n° 3, étude 11.

Mathey (N) et Stoufflet (J), « Loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 – commentaires des dispositions applicables aux concours financiers », *RD banc. et fin.* 2006, n° 1, p. 57.

Mathey (N), « Vers une remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ? », *JCP E* 2010, n° 23, p. 1550.

Mattéi (J.-F), « Le fondement éthique de la responsabilité », *RC et ass.* Éditions du Juris-Classeur, 2001, n° 6 bis, p. 17.

Maury (F), « Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat », *RRJDP* 1998-4, PUAM, p. 1243.

Mayaud (Y), « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal… », *D.* 2000, n° 40, p. 603.

Mazeaud (D), « Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen... », *RTD euro.* 2008, p. 723.

Mazeaud (H), « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles ; « obligations déterminées » et « obligation générale de prudence et diligence », *RTD civ.* 1936, p. 1.

Mazeaud (H), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1929, p. 551.

Mazeaud (H), « La faute dans la garde », *RTD civ.* 1925, p. 793.

Mercier (J.-L) et Saint-Alary-Houin (C), « L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL, colloque Entreprise et patrimoine », *Gaz. Pal.* 19 mai 2011, n° 139, p. 33.

Mekki (M), « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA* 12 janvier 2008, n° 8, p. 3.

Montéran (T), « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859.

Mortier (R), « Responsabilité du gérant à l'égard de la société », *Dr. sociétés,* 2007, n° 8-9, comm. 151.

Morvan (P), « Nullité en droit du travail et délégation de pouvoirs dans la SAS », *JCP S* 15 juin 2010, n° 24, p. 1239.

Mouly-Guillemaud (C), « L'obligation d'information des professionnels du droit, obligation d'anticiper l'imprévisible », *LPA* 18 avril 2012, n° 78, p. 3.

Moury (J), « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D.* 2006, p. 1743.

Mouy (G) et Robbe (C), « Mesures de protection et dirigeant de société », *Gaz. Pal.* 2013, n° 276, p. 9.

Mundell (R.-A), « A Theory of Optimum Currency Areas », The American Economic Review, 1961, vol. 51, n° 4, p. 657 à 661.

Neau-Leduc (Ph), « Responsabilité du banquier et Droits de l'homme », *RD banc. et fin*. 2006, n° 6, p. 79.

Nicolas (E), « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente – Mutation, disparition ou simple besoin de changement de désignation ? », *Rev. sociétés* 2013, p. 535.

Nussenbaum (M) et Perrin (A), « Comment évaluer le préjudice industriel et commercial ? », *Option finance,* 21 mai 2002, n° 690, p. 33.

Paillusseau (J), « L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS – La notion de compatibilité dans le droit de la SAS », *JCP E* 2000, n° 43, p. 1697.

Pelletier (N), « De nouvelles mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire », *Bull Joly* 1er mai 2012, n° 5, p. 424.

Penneau (J), « Médecine (2° réparation des conséquences des risques sanitaires) » *Rep. civ*., janvier 2013, n° 180.

Pétel (P), « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 1er mai 2014, n°18, p. 20.

Perdriau (A), « La responsabilité des mandataires de justice », *JCP E* 1989, n° 27, p. 437, comm.15547.

Pérochon (F), « L'intérêt collectif n'est pas l'intérêt de tous les créanciers sans exception », *BJE* 2016, n° 3, p. 218.

Pérochon (F), « L'ordonnance du 12 mars 2014 : une révolution inespérée en faveur des créanciers », *BJE* 1er mai 2104, n° 3, p. 233.

Pérochon (F), « Les patrimoines de l'EIRL », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, dossier 13.

Pérochon (F), « Les revendications : les dernières évolutions jurisprudentielles », *LPA* 13 février 2002, n° 32, p. 4.

Pérochon (F), « La revendication des biens fongibles par le vendeur », *LPA* 14 septembre 1994, p. 82.

Petit (S), « La rupture abusive des relations commerciales », *LPA* septembre 2008, n° 188, p. 33.

Piedelièvre (S), « Le préavis en cas de rupture de crédit à durée indéterminée », *D.* 2006, p. 434.

Piedelièvre (S), « La loi de sauvegarde des entreprises », *JCP N* 2005, n° 39, p. 1397.

Piette (G), « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDC* juin 2006, n° 28, p. 28.

Pignarre (G), « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », *RC et ass.* 2011, n° 6 bis, p. 10.

Pollaud-Dullan (F), « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 349.

Porchy-Simon (S), « Emergence d'une définition de la faute caractérisée dans le contentieux des préjudices liés à la naissance d'un enfant handicapé », *D.* 2013, n° 10, p. 681.

Porter (M.-E), « How Competitive Forces Shape Strategy », *Harvard Business Review*, 1979.

Prieur (J), « L'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur », Dr. et patr. 2011, n° 202.

Prieur (J), « EIRL ou société : quels critères de choix ? », *Dr. et patr.,* avril 2010, p. 64.

« Projet de Code civil européen : les travaux de la commission Von Bar ne sont « plus à l'ordre du jour » pour la Commission européenne », *JCP N* 2006, n° 49, act 705.

Quine (W. V. O), « Deux dogmes de l'empirisme », *The Philosophical Review,* 1951.

Rakotovahiny (M.-A), « L'interposition de personnes dans les procédures collectives. Un autre regard sur l'interposition de personnes », *RRJDP* 2009-1, p. 335.

Reifergeste (S), « La rupture de crédit aux entreprises », *LPA* 9 octobre 2008, n° 203, p. 14.

Reille (F), « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 6 avril 2014, n° 98, p. 10.

Remy (Ph), « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ*. 1997, p. 323.

Renaut (M.-H), « La déconfiture du commerçant, du débiteur sanctionné au créancier victime », *RTD com.,* 2000, n° 3, p. 533.

Revet (Th), « (Petite) Révolution (de papier) ? », *Dr. et patrimoine*, février 2010, p. 3.

Revet (Th), « Action en revendication (délai) », *RTD civ.* 2003, p. 316.

***R**ev. proc. coll.,* « Statistiques des défaillances d'entreprise », mars 2015, alerte p. 7.

Ripert (G), « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.* 1936, p. 57.

Rives-Lange (J.-L), « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *D.* 1975, chron., p. 41.

Robaczewski (C), « La non-réforme des sanctions pénales dans la sauvegarde des entreprises », *Gaz. Pal.* 10 septembre 2005, n° 253, p. 48.

Robé (J.-Ph), « Des délégations de pouvoirs dans les SAS, Remarques sur quelques arrêts récents », *Semaine Sociale Lamy* 22 février 2010, n° 1434.

Robine (D), « L'article L. 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? D. 2006, p. 72.

Rolland (B), « Procédures collectives et sites contaminés », *Environnement et développement durable* 2006, n° 10, p. 16.

Rossi (P), « Dispositions de la loi Macron concernant le livre VI et VIII du Code de commerce – obstination ou obsession ? », *Rev. proc. coll.,* septembre 2015, n° 5, étude 15.

Rossi (P), « Les grands axes de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Rev., proc. coll*., mars-avril 2014, Dossier 14, p. 36.

Roussel (J), « Non-respect de l'obligation d'assurance décennale et faute du dirigeant séparable de ses fonctions », *RDI* 2006, p. 415.

Roussel Galle (Ph), « Le mieux est parfois l'ennemi du bien ! », *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, repère 4.

Roussel Galle (Ph), « Pas d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif si le débiteur exerce à titre individuel », *Rev. sociétés* 2015, p. 546.

Roussel Galle (Ph), « Le législateur psychologue », *Rev. proc. coll.* mars 2015, n° 2, repère 2.

Roussel Galle (Ph), « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014. Des outils plus performants, une plus grande sécurité juridique et des équilibres renouvelés », *Rev. sociétés*, 2014, p. 351.

Roussel Galle (Ph), « Des procédures plus attractives, de meilleurs équilibres », *Rev. proc. coll.,* mars-avril 2014, repère 2.

Roussel Galle (Ph), « La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté », *JCP E*, 22 mars 2012, n° 12, p. 9.

Roussel Galle (Ph), « La loi Petroplus : quelques réflexions…avec un peu de recul », *Rev. proc. coll*, mai 2012, n° 3, étude 16.

Roussel Galle (Ph), « Les administrateurs n'échappent pas à la responsabilité pour insuffisance d'actif, même après la loi NRE ! », *Rev. sociétés*, 2011, p. 521.

Roussel Galle (Ph), « Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 octobre 2010 », *JCP E* 2010, n° 44, actualité 591.

Roussel Galle (Ph), « Les « nouveaux » régimes des contrats en cours et du bail », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, dossier 7.

Roussel Galle (Ph), « Les créanciers au centre des conflits d'intérêts dans l'entreprise », *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2008, p. 1741.

Roussel Galle (Ph), « Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP E* 20 octobre 2005, n° 42, p. 1761.

Roussel Galle (Ph), « Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal.* 10 septembre 2005, n° 253, p. 3.

Routier (R), « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde », *D.* 2005, p. 1478.

Routier (R), « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif – commentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.* 10 septembre 2005, n° 253, p. 33.

Ruellan (C), « La perte de chance en droit privé », *RRJDP* 1993-3, p. 732.

Saint-Alary-Houin (C), « Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives », *BJE* 2016, n° 3, p. 223.

Saint-Alary-Houin (C), « Le périmètre du droit de la défaillance économique, propos introductifs », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, dossier 1, p. 51.

Saint-Alary-Houin (C), « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *LPA* 2004, n° 224, p. 11.

Saint-Alary-Houin (C), « La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté », *Rev. proc. coll.,* juillet 2001, n° 3, p. 145.

Saintourens (B), « Délit de banqueroute et comblement de l'insuffisance d'actif : articulation et concurrence », *Bull. Joly* 2 septembre 2015, n° 9.

Saintourens (B), « La notion de rupture brutale de la relation commerciale », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2014, n° 1, dossier 3.

Sautonie-Laguionie (L) (dir.), « 3es rencontres jurisprudence-doctrine : échanges sur la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives », *BJE* 2016, n° 3, p. 190.

Schapira (J), « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.* 1971, p. 959.

Schmidt (D), « De l'intérêt social », *JCP E* 21 septembre 1995, n°38, I, 488.

Sénéchal (M), et Huertas (X), « Les innovations introduites par l'ordonnance du 12 mars 2014 témoignent du rôle central que sont amenés à jouer les administrateurs et les mandataires judiciaires », *BJE* 1er mai 2104, n° 3, p. 211.

Sénéchal (M), « L'effet réel de la procédure collective », *BJE* 2014, n° 2, p. 65.

Soinne (B), « Prolégomènes pour une refonte du droit de la faillite », *D.* 1976, p. 253.

Sortais (J.-P), « Vides juridiques, impasses juridiques et procédures collectives », *RTD com*, 2010, p. 267.

Sousse (M), « La notion de faute caractérisée », *RD Public,* n° 5, septembre-octobre 2004, p. 1378.

Stefania (T), « La révocation des contrôleurs », *JCP E* 2013, n° 36, p. 1471.

Suplisson (F), « Association de consommateurs – Quelle est la juste indemnisation du préjudice collectif défendu par les association de consommateurs ? », *JA* 2002, n° 270, p. 8.

Table ronde, « La responsabilité civile des professionnels des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 5, entretien 3.

Teboul (G), « L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la réforme du droit des entreprises en difficulté : un duel créanciers/débiteurs à armes égales ? », *Gaz. Pal.* 26 et 27 mars 2014, n° 85 à 86, p. 6.

Teboul (G), « Le renforcement du rôle des créanciers dans le cadre de la nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté », *LPA* janvier et février 2014, n°s 15, 23 et 28, p. 6 et 8.

Teboul (G), « La possibilité de rebond des dirigeants après une procédure collective », *LPA* 26 septembre 2013, n° 193, p. 7.

Teboul (G), « La nouvelle loi sur les mesures conservatoires en matière de procédures collectives : une loi de circonstance ou une sanction préventive ? », *LPA* 2 mars 2012, n° 45, p. 5.

Terré (F), « La personne et ses patrimoines : des pépins par milliers », *JCP G* 2010, n° 52, doctr. 1328.

Terré (F), « Droit de la faillite ou faillite du droit ? », *RJ com.* 1991, p. 1.

Théron (J), « Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1, dossier 3.

Tinbergen (J), *On the theory of economic policy,* Amsterdam, North Holland publishing, 1952.

Tricot (D), « Les critères de la gestion de fait », *D. et patrim.* janvier 1996, p. 24.

Urbain-Parleani (I), « L'octroi abusif de crédit », *RD banc. et fin.* 2002, n° 6, p. 365.

Vallansan (J), « Les sanctions influencées par la crise économique ? », *BJE* 2012, n°5, p. 319.

Vallansan (J), « L'EIRL en difficulté – Les principes de l'ordonnance du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, étude 2.

Vallansan (J), « Atelier n° 3 : la maîtrise des risques professionnels », *LPA* 9 avril 2009, n° 71, p. 23.

Vallens (J.-L), « Procédures collectives et réforme du droit des contrats », *RTD com.* 2016, p. 558.

Vallens (J.-L), « La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? », *RTD com.* 2011, p. 644.

Vallens (J.-L), « Après la clôture de la liquidation judiciaire, le débiteur peut recouvrer une créance antérieure », *RTD com.* 2001, p. 243.

Vauvillé (F), « Le notaire face à la procédure collective du consommateur : le réflexe « bodacc.fr », toujours… », *Defrénois,* août 2011, n° 14, p. 1221.

Vauvillé (F), « Le nouveau Titre V des responsabilité et des sanctions », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 4, p. 345.

Vermeille (S), « Le volet droit des faillites de la loi « Macron » : une intention louable au départ, mais un résultat dangereux à l'arrivée », *D.* 2015, p. 382.

Viandier (A), « Non cumul de l'expertise de minorité et de l'expertise *in futurum* », *JCP E* 2002, n° 36, p 1253.

Viney (G), « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité », *JCP G* 2016, n° 4, doctr. 99.

Viney (G), « Vers un élargissement de la catégorie des « personnes dont on doit répondre » : la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil », *D.* 1991, chron., p. 157.

Viney (G), « L'autonomie du droit à réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale », *D.* 1974, chron., p. 3.

Voinot (D), « Insuffisance d'apport à la constitution de la société : à qui la faute en cas de liquidation judiciaire ? », *RLDA* mai 2015, n° 115, p. 18.

Voinot (D), « Cession de sites pollués », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 2, dossier 26.

Voinot (D), « Les modifications intéressant la liquidation judicaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 8 avril 2014, n° 98.

Voinot (D), « Vers une liquidation judiciaire à perpétuité ? », *Gaz. Pal*. 5 mai 2015, n° 125, p. 13.

Voinot (D), « L'ouverture des procédures collectives – Ordonnance du 18 décembre 2008 et décret du 12 février 2009 », *Gaz Pal*. 7 mars 2009, n° 66, p. 10.

Voinot (D), « Droit des entreprises en difficulté et protection de l'environnement : rapport introductif », *Rev. proc. coll.,* juin 2004, n° 2, p. 141.

Voinot (D), « Le sort des créances dans la procédure collective. L'exemple de la créance environnementale », *RTD com.* 2001, p. 581.

Wdowiak (S), « La faute détachable des fonctions, condition de l'action en responsabilité du tiers contre le dirigeant : entre certitudes et hésitations », *Gaz. Pal.* 6 avril 2013, n° 96, p. 8.

VII - Contributions

Barnett (R.-E), « Restitution : a new paradigm of criminal justice », *in Assessing the criminal. Restitution, rétribution and the legal process*, éd., par R.-E. Barnett et J. Hagel III, Cambridge, Mass., Ballinger, 1977, p. 349.

Bonhomme (R), « La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives », *in Les droits et le Droit – Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 67.

Bourgeault (G), « La responsabilité comme paradigme éthique ou l'émergence d'une éthique nouvelle », *in Actualiser la morale, Mélanges offerts à René Simon*, Les éditions du Cerf, Paris, 1992, p. 80.

Bouloc (B), « La réforme de la banqueroute », *in Mélanges en l'honneur d'André Vitu – Droit pénal contemporain*, LGDJ, éd. Cujas, 1989, pp. 69 et 80.

Campana (M.-J), « L'État et les entreprises en difficulté », *in La société civile,* PUF, 1989, p. 175.

Champaud (C), « Savary ou le Moïse français du droit des affaires », *in Liber Amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 71.

Champaud (C), « La responsabilité commerciale de Colbert à Badinter », *in Mélanges André Decocq – Une certaine idée du droit,* Litec, 2004, p. 121.

Constantin (A), « L'intérêt social, quel intérêt ? », *in Études offertes à Barthélémy Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 315.

Crédot (F.-J), « La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires », *in Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, p. 65.

Croze (H), « Les organes de la procédure », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 49.

Freyria (C), « Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 181.

Germain (M), « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », *in 1807-2007 le Code de commerce-Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 243.

Germain (M), « Le Code civil et le droit commercial », *in 1804 – 2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 639.

Germain (M), « Le Code civil et le droit commercial », *in 1804-2004 Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 644.

Hamel (J), « Droit civil et droit commercial en 1950 », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle ; études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 261.

Hannoun (C), « La responsabilité des sociétés mères face aux impératifs de protection de l'environnement », *in Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman – Les frontières du droit*, CEPRISCA, p. 56.

Houin (R), « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *in Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, II, Gent, 1966, p. 617.

Jeantin (M), « Droit des obligations et droit des sociétés », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 317.

Lefebvre (D), « Réflexions sur la distinction : droit civil et droit commercial », *in Droit et gestion de l'entreprise : Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou*, Vuibert, 1993, p. 188.

Leveneur (L), « Code civil, code de commerce et code de la consommation », *in Le Code de commerce – 1807-2007, Livre du bicentenaire,* Dalloz, 2007, p. 81.

Lisanti (C), « La responsabilité patrimoniale des dirigeants de société objet d'une procédure collective », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Prieur*, LexisNexis, 2014, p. 192.

Lucas (A), « La responsabilité civile du fait des choses immatérielles », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle - Mélanges offerts à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 817.

Lyon-Caen (Ch), « De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804 », *in Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 207.

Martin-Serf (A), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux : un nuancier de plus en plus subtil », *in Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 389.

Ollard (R) et Raffray (R), « Le chef d'entreprise et les procédures collectives-Les cas de responsabilité », *in La responsabilité du chef de l'entreprise en difficulté*, dir. B. Saintourens et J.-C. Saint-Pau, éd. Cujas, coll. Actes & Études, 2013, p. 29.

Pérochon (F), « Fraude du débiteur et poursuites du créancier forclos », *in Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat – Procédures collectives et droit des affaires*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 161.

Rives-Lange (J.-L), « La rupture immédiate d'un concours bancaire », *in Mélanges AEDBF-France 1997*, *Droit bancaire et financier*, Banque éditeur, 1997, p. 277.

Saint-Alary-Houin (C), « Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires : des professions « à haut risque »,… ! », *in Procédures collectives et droit des affaires – Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 193.

Saint-Bonnet (F), « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », *in* B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, *D.* 2007, pp. 9-21. Actes du colloque organisé par le Conseil constitutionnel et le CRDC de Paris I, octobre 2006.

Sortais (J.-P), « La reprise ou réouverture de la liquidation judiciaire », *in Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain – Regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, LexisNexis, coll. Le droit des affaires, 2014, p. 305.

Sortais (J.-P), « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif », *in Mélanges Pierre Bézard – Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, Paris, 2002, p. 322.

Stoufflet (J), « Le droit au crédit ? », *in Mélanges en l'honneur de Anne-Marie Sohm,* LGDJ, Presse Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2005, p. 205.

Tabourot-Hyest (C), « L'instrumentalisation du droit des faillites », *in Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 637.

Tallon (D), « Réflexions comparatives sur la distinction du droit civile et du droit commercial », *in Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 649.

Terré (F), « Propos sur la responsabilité civile », *in La Responsabilité*, *A.P.D.*, 1977, Sirey, p. 37.

Tricoire (E), « La responsabilité du fait des choses immatérielles », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 983.

Vidal (D), « L'intervention du commissaire aux comptes dans la gestion de l'entreprise sociale qu'il dirige », *in Procédures collectives et droit des affaires – Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 327.

Viney, « La responsabilité contractuelle en question », *in Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXIe siècle,* LGDJ, 2001, p. 921.

Viney, « La responsabilité et ses transformations (responsabilités civile et pénale) », *in Qu'est-ce que l'humain ?*, Y. Michaud (dir.), Éditions Odile Jacob, Université de tous les savoirs, vol. 2, 2000, p. 144.

Voinot (D), « La protection du créancier dans l'Union Européenne », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot,* Dalloz, coll. Litec, 2011, page 301.

VIII - Philosophie et littérature

Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 577 p.

Aristote, *Politique – Introduction – Livre I et II*, Les Belles Lettres, 3e éd., 2015, 261 p.

Balzac (H. De), *Eugénie Grandet*, Le Livre de Poche, coll. Classiques, 1996, 306 p.
Balzac (H. De), *Le faiseur*, Flammarion, 2012, 188 p.

Carbonnier (J), *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10e éd, 2007, 493 p.

Descartes (R), *Méditations métaphysiques*, Méditation quatrième, PUF, coll. SUP, « Les Grands Textes », 5e éd., 1968.

Diodore de Sicile, *Livre I*, Bibliothèque historique, Les Belles Lettres 2002, 385 p.

Fontaine (L), *L'économie morale – Pauvreté, crédit et confiance dans l'Europe préindustrielle*, nrf essais, Gallimard, 2008, 448 p.

Geny (F), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome II, 2e éd., LGDJ, 1996.

Hegel (G. W. F.), *La constitution de l'Allemagne*, éd., Champ libre, 1974, 221 p.

Kuhn (Th), *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, coll. Champ, 2008, 284 p.

Les Penseurs grecs avant Socrate, de Thalès de Milet à Prodicos, Traduction, préface et notes par J. Voilquin, Poche, 1964, 253 p.

Platon, *Les lois-Livre III et IV, Tome XI, 2e partie*, Les Belles Lettres, 4e éd., 2007, 304 p.

Ripert (G), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, éd. Lextenso, coll. Anthologie du Droit, 2014, 417 p.

Schumpeter (J), *Capitalisme, socialisme et démocratie,* Bibliothèque historique Payot, 1990, 479 p.

Virally (M), *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, éd., Panthéon Assas, coll., Introuvables, 2010, 225 p.

Virgile, *L'Énéide,* Garnier Flammarion, 2011, 448 p.

Von Jhering (R), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement,* trad. O. De Meulenaere, 2e éd., tome IV, Paris, A. Marescq édition, 83 p.

Tite Live, *Histoire Romaine-Livre II*, Les Belles Lettres, 6e éd., 2003, 229 p.

IX - Jurisprudence

1 – Jurisprudence de droit privé

a – Juridiction du fond

2015

CA Paris, Ch. 5, pôle 6, 10 décembre 2015, n° 14/15218, *BJE* 2016, n°1, p. 42, note J. Lasserre Capdeville.

CA Versailles, 13e ch. 24 septembre 2015, n° 15/03435, *JCP G* 2016, n° 12, p. 1170, note C. Delattre ; *Dr. sociétés* 2016, n° 2, comm.36, note J.-P. Legros.

T. com. Nantes, 15 juillet 2015, n° 2014/011657, *LEDEN* 2015, n° 10, p. 1.

2014

CA Limoges, 11 décembre 2014, n° 13/01474, *Bull. Joly* 2015, n° 3, p. 148.

CA Bordeaux, 30 mai 2014, n° 12/04242, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 4, chron 1, note M. Lecène-Villemonteix.

CA Versailles, 3 avril 2014, n° 12/07219.

2013

CA Aix en Provence, Ch. 8. C, 12 décembre 2013, n° 11/12024.

CA Toulouse, 26 novembre 2013, 2e ch., 2e section, n° 12/03565.

CA Grenoble, Ch. com. 19 septembre 2013, n° 12/02331, *JCP E* 2014, n° 7, p. 1070, note C. Delattre.

CA Toulouse, 2e ch. 2e sect. 2 juillet 2013, n° 12/01788.

CA Grenoble, Ch. com. 20 juin 2013, n° 10/03483, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 6, comm.155, note C. Delattre ; *JCP E* 2014, n° 6, p. 1060, note C. Delattre.

CA Douai, Ch. 1, Sect. 1, 27 mai 2013, n° 12/06148.

CA Bastia, Ch. civ. B, 27 mars 2013, n° 12/00151.

2012

CA Caen, 25 octobre 2012, n° 11/03403, *Act. proc. coll.* 2013, n° 3, alerte 42.

CA Lyon, Ch. 3A, 14 septembre 2012, n° 11/06796.

CA Versailles, Ch. 13, 13 septembre 2012, n° 12/01259, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 6, comm.170, note A. Martin-Serf.

CA Paris, Pôle 5, Ch. 9, 13 septembre 2012, n° 12/12240.

CA Lyon, 3e ch. A, 22 juin 2012, n° 11/02168, *JCP E* 11 avril 2013, n° 15, p. 28, note C. Delattre.

CA Douai, ch. 2, sect. 2, 24 mai 2012, n° 10/07464, *D.* 2012, p. 1952, note F. Dannenberger.

CA Colmar, ch. 1, sect. A, 27 mars 2012, n° 11/06001, *Act. proc. coll.* n° 12, note P. Cagnoli.

2011

CA Paris, Ch. 5, 16 novembre 2011, n° 11/18108.

CA Paris, Pôle 5, Ch. 5, 16 juin 2011, n° 09/28449.

CA Rennes, Ch. 4, 12 mai 2011, n° 08/07580.

CA Aix-en-Provence, 8e ch., sect. B, 14 janvier 2011, n° 09/01764, *Act. proc. coll.* 2011, n° 11, alerte 169.

CA Orléans, 13 janvier 2011, n° 10/01319, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, comm.205, note A. Martin-Serf.

2010

T. com. Nanterre, 3e Ch. 24 octobre 2010, n° 2011F04794, *D.* 2013, p. 2641, note X. Delpech et 2014, P. 1967, note L. d'Avout et S. Bollée ; *Bull. Joly* février 2014, p. 110, note N. Borga ; *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, comm.12, note M. Menjucq.

CA Poitiers, 21 septembre 2010, n° 10/00885.

CA Pau, 2e Ch., sect. 1, 20 septembre 2010, n° 08/04106, *Act. proc. coll.* 2011, n° 2, alerte 40.

CA Poitiers, 3e Ch. civ. 8 septembre 2010, n° 09/00373, *Act. proc. coll.* 2011, n° 3, alerte 60.

CA Paris, Pôle 5, Ch. 8, 7 septembre 2010, n° 10/00299, *Dr. sociétés* 2011, n° 6, comm.118, note J.-P. Legros ; *RJDA*, Janvier 2011, n° 70 et 71.

CA Toulouse, Ch 2, Sect. 2, 29 juin 2010, n° 08/03367.

T. com. Valenciennes, 17 juin 2010, n° 2010-819, *Act. proc. coll.* 2011, n° 4, alerte 70.

CA Paris, 8 juin 2010, n° 08/08286.

CA Angers, ch. com., 16 mars 2010, n° 09/00334.

CA Toulouse, 2e Ch. 1e section, 3 février 2010, n° 08/05207.

2009

CA Orléans, Ch. com. éco. et fin. 26 novembre 2009, n° 09/01040, *RD banc. et fin.* 2011, n° 2, comm.48, note D. Legeais.

CA Rennes, 3 novembre 2009, n° 09/06528.

CA Riom, Ch. com. 21 octobre 2009, n° 07/02728, *JCP E* 2009, n° 22, p. 1550.

CA Toulouse, Ch. 2, Sect. 1, 9 septembre 2009, n° 08/00473.

CA Amiens, 4 mars 2009, *Rev. proc. coll.*, mai 2009, n° 3, note B. Soinne.

CA Versailles, Ch 1, section 1, 5 février 2009, n° 08/00586.

CA Lyon, 27 janvier 2009, n° 07/07879.

CA Amiens, Ch. économique, 22 janvier 2009, n° 05/03390.

2008

CA Paris, Ch. 1, 26 décembre 2008, n° 08/23754.

CA Angers, 19 novembre 2008, Ch. 1, sect. B, n° 07/02509, *Act. proc. coll.* 2009, n° 7, alerte 118.

CA Bordeaux, 1re ch. civ., sect. A, 1er septembre 2008, n° 07/01702.

CA Paris, 15e Ch. B. 3 juillet 2008, n° 06/20946, *Gaz. Pal.* 22 janvier 2009, n° 22, p. 22, note R. Routier.

TGI Valence, 7 mai 2008, n° 06/000111, *RD banc. et fin.* 2008, n° 6, comm.163, F.-J. Crédot et T. Samin.

CA Pau, Ch.2, sect.1, 31 mars 2008, n° 06/03783.

CA Rouen, Ch. 2, 31 janvier 2008, n° 05/04802, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 4, comm.171, note A. Martin-Serf.

CA Besançon, 23 janvier 2008, ch. Com. 2, n° 07/00896.

2007

CA Pau, ch. 2, sect. 1. 20 décembre 2007, n° 06/03731.

CA Paris, 15e Ch. B, 29 novembre 2007, n° 05/24812, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, comm. 91, note A. Martin-Serf.

CA Lyon, 3e Ch. civ. B, 8 novembre 2007, n° 06-05806, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, comm. 91, note A. Martin-Serf.

CA Paris, 30 octobre 2007, ch. 3, sect. A, n° 07/01824 *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, comm.84, note A. Martin-serf.

CA Douai, 25 octobre 2007, n° 07/01054.

CA Paris, Ch. 15 B, 25 mai 2007, n° 05/22164.

CA Dijon, Ch. civ. 5 avril 2007, n° 06/00901.

CA Reims, Ch. civ, 5 mars 2007, n° 05/01692, *RTD com.* 2007, p. 820, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, comm.92, note A. Martin-Serf.

2005

CA Paris, Ch. correctionnelle 24, section B, 3 mars 2005, n° 04/05710, *CCC* 2005, n° 11, comm. 197, note G. Raymond.

CA Angers, 19 janvier 2005, n° 04/00208.

2002

CA Nancy, Ch. com. 2 octobre 2002, n° 99/01024, *RD banc. et fin.* 2004, n° 1, comm.34, note F.-X. Lucas.

T. Com. Paris, 27 juin 2002, n° 2002041735, *Adam et autres c/ SA Vivendi Universal*, *Bull. Joly* 2002, n° 8, p. 942, note A. Couret ; *JCP E* 2002, n° 36, p. 1253 ; *Dr. sociétés* 2003, n° 1, p. 2, note F.-G. Trebulle ; *Rev. sociétés* 2002, p. 719, note P. Le Cannu.

2000

CA Paris, 3 novembre 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 134, note Y. Guyon.

CA Besançon, 29 mars 2000, n° 98/01509.

1999

CA Paris, 3e Ch. A, 21 septembre 1999, n° [XP210999X], *D.* 1999, p. 33, note A. Lienhard.

1998

CA Versailles, 11 juin 1998, n° 1996-346.

1997

CA Paris, 2e ch., 26 juin 1997.

1993

CA Paris, 3e ch. A 6 avril 1993, **n°** [XP060493X], *D.* 1993, n° 37, p. 321, note A. Honorat.

1987

CA Poitiers, 10 novembre 1987, RG n° 3191/87, *Rev. proc. coll*. 1988, p. 367, note J. Mestre et Ph. Delebecque.

1982

CA Colmar, 30 juin 1982 n° 1982-042949.

1979

T. Com. Roubaix, 21 novembre 1979, *Gaz. Pal.* 1980, II, p. 387.

1974

CA Paris, 21 novembre 1974, *D.* 1975, p. 471, note C.-I. Foulon-Pignanio.

1971

CA Aix-en-Provence, 21 avril 1971, *D.* 1972, Jurisprudence p 164, note J.-P. Berdah.

1956

CA Paris, 21 mars 1956, *D.* 1956, p. 138.

1955

CA Douai, 1er décembre 1955, *D.* 1956, Jurisprudence p. 223, note F. Goré.
CA Lyon, 7 novembre 1955, *D.* 1956, Jurisprudence p. 359, note P. Gervésie et *JCP* 1956, II, 9170, note D. Bastian.

1953

CA Paris, 2 décembre 1953, *RTD com.* 1954, p. 395, note R. Houin.

b - Cour de cassation

α – Assemblée plénière

2006

Ass., plén. 9 octobre 2006, n° 06-11.056, cassation, *JCP E*, 2006, II, p. 10175, note Th. Bonneau ; *D.,* 2006, p. 2933, note D. Houtcieff ; *D*., 2006, p. 2525, note X. Delpech ; *RTD com*. 2007, p. 207, note D. Legeais ; *RTD civ*. 2007, p. 145, note P.-Y. Gautier ; *RDI* 2007, p. 408, note H. Heugas-Darraspen ; *D.*, 2007, p. 753, note D. R-Martin ; *RTD civ*. 2007, P. 115, note J. Mestre.

2004

Ass., Plén. 7 mai 2004, cassation n° 02-13.225, *D.* 2004, p. 1451, ccl R. De Gouttes et p. 2142, note P.-M. Le Corre ; *AJDI* 2004, p. 533, note P.-M. Le Corre et p. 689, note M.-P. Dumont et 2006, p. 433, note F. Planckeel ; *JCP G* 2004, n° 38, II 10138, note B. Demoustier ; *JCP E* 2004, n° 28, p. 1059, note B. Demoustier ; *JCP N* 2004, n° 41, note B. Demoustier.

1993

Ass., plén. 9 juillet 1993, cassation n° 89-19.211, *D.* 1993, p. 469, note F. Derrida, J.-P. Dumas, M. Jeol ; *RTD com.* 1993, p. 699, note M. Cabrillac ; *JCP G* 1993, n° 39, II 22122, note F. Pollaud-Dullan.

1991

Ass., plén. 29 mars 1991, rejet n° 89-15.231 : *D*. 1991, p. 324, note C. Larroumet, chron., p. 157 note G. Viney ; *JCP* 1991. II. 21673, p. 169, concl. D.-H. Dontenwille, note J. Ghestin ; *Gaz. Pal*. 1992. II, p. 513, note F. Chabas ; *Defrénois* 1991, p. 729, note J.-L. Aubert ; *RTD civ*. 1991, p. 312, note J. Hauser, et p. 541, note P. Jourdain.

1983

Ass., plén. 15 avril 1983, rejet n° 80-13.339, JCP G 1984, II, p. 10126, note Y. Chartier.

β - Chambre civile

2016

Cass., civ. 1re 29 juin 2016, cassation n° 15-15.118.

Cass., civ. 3e 10 mars 2016, rejet n° 14-15.326, *Rev. sociétés* 2016, p. 370, note P. Pisoni ; *RDI* 2016, p. 415, note J. Roussel ; *RDI* 2016, p. 415, note J. Roussel ; *JCP N* 2016, n° 28, p. 1227, note P. Storck ; *JCP E* 2016, n° 22, p. 1315, note B. Brignon ; *Dr. sociétés* 2016, n° 6, comm. 106, note M. Roussille ; *RC et ass.* 2016, n° 6, comm. 200, note H. Groutel.

Cass., civ. 2e 4 février 2016, irrecevabilité n° 14-28.153.

2015

Cass., civ. 1re 18 novembre 2015, rejet n° 14-29.164.

Cass., civ. 2e 2 juillet 2015, cassation n° 14-18.268.

Cass., civ. 1re 16 avril 2015, rejet n° 14-13.440, *D.* 2015, p. 1137, note D. Mazeaud et P. 2283, note M. Bacache ; *RTD civ.* 2015, p. 628, note P. Jourdain ; *Juris tourisme* 2015, n° 175, p. 14, note X. Delpech ; *RC et assur.* 2015, n° 7-8, comm.200, note H. Groutel ; *CCC* 2015, n° 7, comm.165, note L. Leveneur ; *JCP E* 2105, n° 31-35, p. 1387, note K. Jakouloff.

Cass., civ. 2e 26 mars 2015, cassation n° 14-16.011, *D.* 2015, p. 1475, note F. Gréau et p. 1791, note H. Adida-Canac et p. 2283, note M. Bacache ; *D.* 2016, p. 35, note Ph. Brun.

Cass., civ. 1re 18 février 2015, cassation n° 14-11.557, *AJDI* 2015, p. 622, note J.-Ph. Borel ; *Construction et urbanisme*, 2015, n° 10, comm.144, note C. Sizaire.

2014

Cass., civ. 3e 22 octobre 2014, cassation n° 13-25.430, *RDI* 2014, p. 652, note D. Noguéro ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 2, comm.19, note C. Lebel.

Cass., civ. 2e 12 juin 2014, rejet nos 13-15.836, n° 13-16.397, n° 13-17.509, n° 13-21.386, n° 13-25.565.

2013

Cass., civ. 1re 3 juillet 2013, cassation n° 12-23.016, *Act. proc. coll.* 2013, n° 14, alerte 199.

Cass., civ. 1re 30 janvier 2013, rejet n° 11-26.056, *LEDEN* 2013, n° 3, p. 5, note T. Favario.

Cass., civ. 2e 16 janvier 2013, (rejet) n° 12-14.020 : *D.* 2013, chron., p. 591, note I. Darret-Courgeon ; *D.* 2013, p. 681, note S. Porchy-Simon ; *RDSS* 2013, n° 2, p. 325, note D. Cristol.

2011

Cass., civ. 2e 1er juin 2011, cassation n° 10-18.143, *Rev. sociétés* 2011, p. 679, note M. Caffin-Moi ; *Bull. Joly* 2011, p. 860, note A. Constantin ; *RGDA* 2011, p. 1099, note A. Pelissier.

Cass. civ. 1re 1er juin 2011, rejet n° 09-16.003.

2010

Cass., civ. 1re 8 avril 2010, cassation n° 09-14.110.

2009

Cass., civ. 1re 4 juin 2009, cassation n° 08-16.480, *D.* 2010, p. 169, note N. Fricero ; *RC et ass.* 2009, n° 9, comm. 256 ; *JCP ACT* 2010, n° 14, p. 2123, note O. Renard-Payen.

Cass., civ. 2e 4 juin 2009, cassation n° 08-11.019, *Gaz. Proc. coll*. 2010, n° 1, p. 45, note T. Montéran ; *Rev. proc. coll.,* mai 2010, n° 3, note A. Martin-Serf.

2008

Cass., civ. 2e 20 mars 2008, rejet n° 07-10.499.

2007

Cass., civ. 1re 19 septembre 2007, rejet n° 06-15. 223, *RTD com.* 2007, p. 821.

Cass., civ. 1re 15 mai 2007, cassation n° 06-12.317, *Dr. sociétés*, 2007, n° 8-9, note R. Mortier.

2006

Cass., civ. 3e 4 janvier 2006, rejet n° 04-14.731, *RDI* 2006, p. 110, note G. Leguay ; *Rev. sociétés* 2006, p. 548, note D. Poracchia ; *D.* 2007, p. 267, note J.-C. Hallouin.

2004

Cass., civ. 1re 16 novembre 2004, rejet n° 02-21.615.

2003

Cass., civ. 3e 3 décembre 2003, rejet n° 02-18.033, *RTD civ.* 2004, p. 295, note P. Jourdain ; *AJDI* 2004, p. 204, note S. Beaugendre ; *D.* 2005, p. 185, note P. Delbecque ; *CCC* 2004, n° 3, comm.38, note L. Leveneur ; *RC et ass.* 2004, n° 5, comm.144, note H. Groutel.

2000

Cass., civ. 2e 13 janvier 2000, cassation n° 99-13.265, *RTD civ.* 2000, p. 400, note R. Perrot ; *D.* 2001, p. 3299, note P. Hoonakker.

1998

Cass., civ. 2e 17 décembre 1998, rejet n° 97-10.736.

1995

Cass., civ. 1re 10 mai 1995, rejet n° 93-17.306.

1994

Cass., civ. 1re 11 octobre 1994, cassation n° 92-13.947, *RTD com.* 1995, p. 453, note M. Cabrillac.

1992

Cass., civ. 1re 4 novembre 1992, cassation n° 89-17.420.

1983

Cass., civ 1re 9 novembre 1983, rejet, *D.* 1984, p. 139, note F. Derrida.

Cass., civ 1re 9 novembre 1983, cassation n° 81-16.549, *D.* 1984, p. 139, note F. Derrida.

1979

Cass., civ. 1re 17 octobre 1979, cassation n° 78-10.564.

Cass., civ. 2e 21 février 1979, rejet n° 77-13.951, *JCP* 1979, IV, p. 145 ; *D.* 1979, p. 344*, RTD civ.* 1979, p. 612, n° 2, note G. Durry.

Cass., civ. 2e 11 janvier 1979, cassation n° 77-12.937.

1969

Cass., civ. 2e 13 mai 1969, cassation n° 67-14.328, *JCP* 1970, II, n° 16470, note N. Dejan de la Bâtie.

1960

Cass., civ 2e 25 mai 1960, cassation.

1957

Cass., civ.13 mars 1957, *JCP* 1957, II, 10084, note P. Esmein.

1956

Cass., civ. 2e 5 janvier 1956, *D.* 1957, Juris., p. 261, note R. Rodière ; *JCP* 1956, II, 9085, note R. Savatier.

1954

Cass., civ. 2e 28 octobre 1954, *JCP* 1955. II. 8765 ; *RTD civ.* 1955, 324, obs. H. et L. Mazeaud.

1952

Cass., civ. 1re 21 octobre 1952, cassation, *JCP* 1953, II, 7592, note R. Rodière.

1941

Cass., civ. 19 et 24 février 1941, *D*. 1941, Juris., p. 85, note J. Flour.

1940

Cass., civ. 22 janvier 1940, cassation, *D*. 1941, Juris., p. 101, note R. Savatier.

1937

Cass., civ. 27 juillet 1937, 4e espèce.

1939

Cass., civ. 4 décembre 1939, *D.* 1941, p. 124, note G. Holleaux.

1932

Cass., req. 1er juin 1932, *D.* 1932, I, p. 102, note Pilon et recueil Sirey, 1933, I, p. 43, note H. Mazeaud.

1896

Cass., civ. 16 juin 1896, rejet, *D.* 1897, I, p. 433, note R. Saleilles.

1872

Cass., civ. 15 janvier 1872, rejet, *D.* 1872, I, p. 165.

Y – Chambre commerciale

2016

Cass., com. 13 septembre 2016, cassation n° 15-11.174, *JCP E* 2016, n° 38, act. 743 ; *D.* 2016, p. 1814, note A. Lienhard.

Cass., com. 12 juillet 2016, rejet n° 14-23.668, *Rev. sociétés* 2016, p. 549, note L.-C. Henry.

Cass., com. 12 juillet 2016, cassation n° 14-29.429.

Cass., com. 29 juin 2016, cassation n° 15-17.591.

Cass., com. 28 juin 2016, rejet n° 13-27.245.

Cass., com. 28 juin 2016, rejet n° 14-22.534.

Cass., com. 28 juin 2016, rejet n° 14-23.838.

Cass., com. 28 juin 2016, cassation n° 14-20.118, *D.* 2016, p. 1495 ; *Act. proc. coll.* 2016, n° 13, alerte 190 ; *JCP E* 2016, n° 29, actu. 620.

Cass., com. 18 mai 2016, rejet n° 14-16.895, *Dr. sociétés* 2016, n° 8 et 9, comm.151, note J.-P. Legros ; *Bull. Joly* 2016, n° 10, p. 65, note E. Mouial-Bassilana.

Cass., com. 18 mai 2016, rejet n° 14-21.133.

Cass., com. 18 mai 2016, rejet n° 14-15. 849, *Act. proc. coll.* 2016, n° 11, alerte 153.

Cass., com. 3 mai 2016, cassation n° 14-24.905.

Cass., com. 5 avril 2016, cassation n° 14-13.843, *Dr. sociétés* 2016, n° 8 et 9, comm.150, note J.-P. Legros.

Cass., com. 5 avril 2016, irrecevabilité n° 14-13.247, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, comm.110, note C. Lebel ; *Procédures* 2016, n° 7, comm.235, note B. Rolland.

Cass., com. 22 mars 2016, cassation n° 14-10.066, *RD banc. et fin.* 2016, n° 4, comm.153, note F.-J. Crédot et T. Samin.

Cass., com. 19 janvier 2016, rejet n° 14-17.865, *Rev. sociétés* 2016, p. 429, note T. Massart.

Cass., com. 12 janvier 2016, cassation n° 14-23.359.

2015

Cass., com. 15 décembre 2015, rejet n° 13-25.566, *D.* 2016, p. 1179, note L. Neyret ; *Rev. sociétés* 2016, p. 199, note L.-C. Henry ; *RTD com.* 2016, p. 204, note A. Martin-Serf ; *RD banc. et fin.* 2016, n° 2, comm.87, note C. Houin-Bressand.

Cass., com. 1er décembre 2015, rejet n° 14-19.556.

Cass., com. 24 novembre 2015, cassation n° 13-25.115.

Cass., com. 10 novembre 2015, rejet n° 14-18.179, *Rev. sociétés* 2016, p. 219, note B. Lecourt ; *Dr. sociétés*, 2016, n° 5, comm.78, note M. Roussille.

Cass., com. 3 novembre 2015, rejet n° 14-10.274, *RTD com.* 2015, p. 726, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 3, comm.100, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 13 octobre 2015, cassation n° 14-15.755, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 3, comm.93, note A. martin-Serf ; *Dr. sociétés* 2016, n° 5, comm.87, note J.-P. Legros.

Cass., com. 29 septembre 2015, irrecevabilité n° 14-15.619, *Rev. sociétés* 2015, p. 762, note Ph. Roussel Galle ; *Procédures* 2015, n° 12, comm.369, note B. Rolland ; *Dr. sociétés* 2015, n° 12, comm.221, note J.-P. Legros ; *JCP E* 2015, n° 49, p. 1596, note T. Stefania ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 2, comm.36, note P. Cagnoli.

Cass., com. 29 septembre 2015, cassation n° 13-27.587, *D.* 2015, p. 2005, note A. Lienhard et p. 2205, note S. Tréard ; *Rev. sociétés* 2016, p. 287, note E. Schlumberger ; *JCP E* 2015, n° 42, act. 783 ; *Dr. sociétés* 2016, n° 4, comm. 66, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 1, comm. 15, note F. Reille ; *CCC* 2015, n° 12, comm. 277, note M. Malaurie-Vignal ; *Act. proc. coll.* 2015, n° 18, alerte 187, note J.-C. Pagnucco.

Cass., com. 29 septembre 2015, rejet n° 14-18.135, *Act. proc. coll.* 2015, n° 18, alerte 288.

Cass., com. 8 septembre 2015, cassation n° 14-15.183, *Act. proc. coll.* 2015, n° 15, alerte 260.

Cass., com. 7 juillet 2015, pourvoi n° 14-29.360, QPC transmise au Conseil constitutionnel.

Cass., com., 30 juin 2015, cassation n° 14-14.757, *RD banc. et fin.* 2015, n° 5, comm.162, note S. Piedelièvre, *JCP E* 2015, n° 50, P. 1608, note C. Lebel ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 1, comm.14, note G. Berthelot.

Cass., com. 30 juin 2015, cassation n° 13-28.537, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, comm.188, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 30 juin 2015, cassation n° 13-23.026.

Cass., com. 30 juin 2015, rejet n° 14-15.984, *Rev. sociétés* 2015, p. 546, note Ph. Roussel Galle ; *BJE* septembre 2015, n° 5, p. 307, note T. Favario ; *D.* 2015, p. 1485, note M. Lecène-Villemonteix.

Cass., com. 16 juin 2015, cassation n° 13-24.804, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, comm. 189, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 2 juin 2015, cassation n° 13-24.714, *D.* 2015, p. 2205, note S. Tréard ; *D.* 2015, p. 1970, note P.-M. Le Corre ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 2, comm. 73, note D. Jacotot ; *JCP E* 2015, n° 25, act. 512 et n° 45, p. 1522, note S. Le Gac-Pech ; *JCP G* 2015, n° 23, p. 723, note V. Orif et n° 30-35, p. 888, note F. Dumont ; *Act. proc. coll.* 2015, n° 12, repère 184, note F.-X. Lucas ; *JCP S* 2015, n° 30, p. 1278, note G. Loiseau ; *Procédures* 2015, n° 10, comm. 305, note B. Rolland.

Cass., com. 19 mai 2015, cassation n° 12-35.159.

Cass., com. 5 mai 2015, cassation n° 14-13.300, *Dr. sociétés* 2016, n° 5, comm.88, note J.-P. Legros.

Cass., com. 8 avril 2015, rejet n° 13-28.512, *Rev. sociétés* 2015, p. 406, note L.-C. Henry ; *Act. proc. coll.* 2015, alerte 130 ; *Bull. Joly* 2015, p. 307, note M. Laroche ; *BJE* 2015, n° 5, p. 305, note J.-P. Sortais.

Cass., com. 24 mars 2015, cassation n° 13-16.076, *RTD com.* 2015, p. 338 ; *RD banc. et fin.* 2015, n° 4, comm. 115, note F.-J. Crédot.

Cass., com. 24 mars 2015, rejet n° 13-28.155, *BJE* n° 4, p. 217, note L. Le Mesle.

Cass., com. 24 mars 2015, rejet n° 14-10.354.

Cass., com. 10 mars 2015, cassation n° 12-15.505, *Rev. sociétés* 2015, p. 406, note L.-C. Henry ; *Rev sociétés* 2015, p. 468, note D. Poracchia ; *RLDA* mai 2015, n° 15, p. 18, note

D. Voinot ; *Dr. sociétés* 2015, n° 117, note J.-P. Legros ; *JCP E* 2015, p. 1338, note B. Dondero ;*BJE* 2015, p. 248, note T. Favario.

Cass., com. 17 février 2015, rejet n° 13-27.508, *RTD com.* 2015, p. 227, note B. Saintourens ; *D.* 2015, p. 487 ; *D.* 2 mars 2015, note V. Avena-Robardet ; *BJE* 2015, n° 4, p. 221, note B. Thullier ; *Gaz. Pal.* 2015,n° 141, p. 14, note E. Mouial-Bassilana ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 5, comm. 133, note S. Gjidara-Decaix ; *JCP E* 2015, n° 27, p. 1326, note B. Brignon ; *RD banc. et fin.* 2015, n° 3, comm. 99, note S. Piedelièvre ; *Act. proc. coll*. 2015, n° 6, alerte 83, note F. Petit ; *JCP N* 2015, n° 12, act. 389.

Cass., com. 27 janvier 2015, cassation n° 13-12.430, *Act. proc. coll.* 2015, n° 4, alerte 61.

Cass., com. 27 janvier 2015, rejet n° 13-26.475, *RTD com.* 2015, p. 338, note D. Legeais ; *RD banc. et fin.* 2015, n° 3, comm. 70, note F.-J. Crédot et T. Samin.

Cass., com. 13 janvier 2015, cassation n° 13-25.360, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, comm.74, note A. Martin-Serf.

2014

Cass., com. 16 décembre 2014, rejet n° 13-25.028, *Rev. sociétés* 2015, p. 391, note D. Poracchia.

Cass., com. 16 décembre 2014, cassation n°13-19.402, *D*. 2015, p. 6, note. A. Lienhard ; *RTD com.* 2015, p. 161, note J.-L. Vallens ; *RLDA* février 2015, n° 101, p 16, note. F Macorig-Venier ; *Gaz. Pal.* 5 mai 2015, n° 125, p. 13, note D. Voinot ; *Act. proc. coll*. 2015, n° 1, repère 1, note F. Pérochon ; *JCP E* 2015, n° 3, p. 1010, note C. Lebel.

Cass., com. 2 décembre 2014, cassation n° 13-19.144, *Dr. sociétés* 2015, n° 6, comm. 116, note J.-P. Legros.

Cass., com. 4 novembre 2014, cassation n° 13-23.070, *JCP E* 2014, n° 48, p. 1604, note Ph. Roussel Galle ; *Rev. sociétés* 2014, p. 751, note L.-C. Henry ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 20, alerte 352 ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, comm. 67, note A. Martin-Serf ; *JCP G* 2015, n° 15, 12°, note P. Pétel ; *Dr. sociétés* 2015, n° 3, comm. 55, note J.-P. Legros.

Cass., com. 4 novembre 2014, cassation n° 13-24.028, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, comm. 70, note A. Martin-Serf ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 19, alerte 338, note L. Fin-Langer ; *Dr. sociétés* 2015, n° 4, comm. 75, note J.-P. Legros.

Cass., com. 22 octobre 2014, cassation n° 13-25.430, *D.* 2014, p. 2172 *Act. proc. coll.* 2014, n° 20, alerte 356, note L. Raschel ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 2, comm.19, note C. Lebel ; *Dr. sociétés* 2015, n° 5, comm.97, note J.-P. Legros ; *Gaz. Pal*. 20 janvier 2015, p. 19, note C Bidan ; *LEDEN* 2014, n° 11, comm.175, note N. Pelletier.

Cass., com. 27 juin 2014, QPC incidente-renvoi au Conseil constitutionnel n° 13-27.317, *D.* 2014, p. 2196 ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 14, repère 249, note B. Saintourens ; *JCP G* 2014, n° 39, p. 963, note J.-J. Barbièri ; *Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, comm.172, note A. Martin-Serf ; *Dr. sociétés* 2014, n° 12, comm.192, note J.-P. Legros.

Cass., com. 24 juin 2014, cassation n° 13-50.050.

Cass., com. 3 juin 2014, rejet n° 13-19.350, *JCP E* 2014, n° 30, p. 1398.

Cass., com. 27 mai 2014, cassation n° 13-12.319, *Act. proc. coll.* 2014, n° 11, alerte 208.

Cass., com. 27 mai 2014, cassation n° 12-27.945, *Dr. sociétés* 2015, n° 1, comm. 15, note J.-P. Legros.

Cass., com. 27 mai 2014, rejet n° 12-28.657, *JCP E*. 24 juillet 2014, n° 30, p. 1397, note A. Cerati-Gauthier ; *Rev. sociétés* 2014, p. 529, note Phi. Roussel-Galle ; *RTD com*. 2014, p. 687, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 29 avril 2014, rejet n° 13-11.798, *Act. proc. coll.* 2014, n° 9, alerte 175.

Cass., com. 23 avril 2014, cassation n° 12-10.241.

Cass., com. 18 mars 2014, cassation n° 12-29.583, *D.* 2014, p. 1610, note P. Crocq ; *Gaz Pal.* 2014, n°s 134 à 135, p. 14, note J. Lasserre Capdeville ; *RD banc. et fin.* 2014, n° 4, comm. 127, note F.-J. Crédot et T. Samin.

Cass., com. 18 février 2014, rejet n° 12-29.075, *Rev. sociétés* 2014, p. 517, note F. Pasqualini et G. Marain ; *JCP E* 2014, n° 23, p. 1298, note B. Dondero.

Cass., com. 11 février 2014, rejet n° 12-21.069, *JCP E* 2014, n° 23, p. 1299, note C. Delattre.

Cass., com. 4 février 2014, rejet n° 13-13.386, *D.* 2014, p. 421 ; *LPA* 26 mars 2014, n° 61, p. 10, note F.-F. Barbièri.

Cass., com. 28 janvier 2014, cassation n° 12-27.703, *RD banc. et fin.* 2014, n° 4, comm. 128, note F.-J. Crédot et T. Samin ; *D.* 2014, p. 1010, note A.-C. Le Bras ; *RTD civ.* 2014, p. 361, note H. Barbier.

Cass., com. 28 janvier 2014, cassation n° 12-27.901, *D.* 2014, n° 6, p. 367 ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 5, alerte 83, note C. Regnaut-Moutier ; *RC et ass.* 2014, n° 4, comm. 115 ; *Procédures* 2014, n° 4, comm. 116, note B. Rolland ; *Dr. sociétés* 2014, n° 7, comm. 118, note J.-P. Legros ; *RD banc. et. fin.* 2014, n° 4, comm. 128, note F-J. Crédot et T. Samin ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, comm. 44, note F. Reille.

Cass., com. 14 janvier 2014, cassation n° 12-29.682, *RTD com.* 2014, p. 167, note D. Legeais ; *RD banc. et fin.* 2014, n° 2, comm. 39, p. 38, note F.-J. Crédot et T. Samin.

Cass., com. 7 janvier 2014, cassation n ° 12-23.640, *Rev. sociétés* 2014, p. 201, note L.-C. Henry ; *BJE* 2014, n° 3, p. 163, note J.-P. Sortais.

2013

Cass., com. 17 décembre 2013, rejet n° 12-21.391.

Cass., com. 17 décembre 2013, rejet n° 12-25.519.

Cass., com. 3 décembre 2013, cassation n° 12-19.881.

Cass., com. 19 novembre 2013, cassation n° 12-24.652, *Gaz. Pal*. 14 janvier 2014, p. 26, note. D. Voinot.

Cass., com. 19 novembre 2013, rejet n° 12-16.099, *BJE* mars 2014, n° 2, p. 95, note T. Favario.

Cass., com. 1er octobre 2013, cassation n ° 12-20.657, *Gaz. Pal.* 12 et 14 janvier 2014, n° 12 à 14, p. 20, note C. Bidan.

Cass., com. 17 septembre 2013, rejet n° 12-21.871, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 16, note P. Hoang et n° 3, comm. 89, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 9 juillet 2013, cassation n° 12-20.468, *D.* 2013, p. 2324, note C. Mouly-Guillemaud ; *D.* 2014, p. 893, note D. Ferrier ; *JCP E* 2013, n° 37, p. 1499, note C. Vilmart ; *CCC* 2013, n° 10, comm.209, note N. Mathey ; *Revue juridique de l'économie publique* 2014, n° 716, comm.7, note M. Landais-Petit.

Cass., com. 18 juin 2013, rejet n° 12-18.420, *D.* 2013, p. 2363, note P.-M. Le Corre ; *RTD com.* 2013, p. 813, note A. Martin-Serf ; *Rev. sociétés* 2013, p. 524, note L.-C. Henry ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 12, alerte 172 ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 4, comm. 117, note C. Saint-Alary-Houin.

Cass., avis sur saisine, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *D.* 2013, p. 2363 ; *Rev. sociétés* 2013, p. 520 ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 4, étude 18 des conclusions de R. Bonhomme et n° 5, comm.117, note B. Saintourens ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 12, alerte 167, note P. Cagnoli ; *Procédures* 2013, n° 8-9, comm.251, note B. Rolland.

Cass., com. 22 mai 2013, rejet n° 11-23.961, *D.* 2013, p. 1594, note F. Danos, p. 2363, note F.-X. Lucas et p. 2551, note A.-C. Le Bras ; *RTD civ.* 2013, p. 649, note W. Dross ; *RTD com.* 2013, p. 591, note A. Martin-Serf ; *Rev. sociétés* 2013, p. 526, note Ph. Roussel Galle.

Cass., com. 22 mai 2013, cassation n° 12-18.823, *D.* 2013, p. 2551, note A.-C. Le Bras ; *Dr. sociétés* 2013, n° 8-9, comm. 145, note J.-P. Legros ; *Procédures* 2013, n° 8-9, comm. 247, note B. Rolland ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 11, alerte 160.

Cass., com. 22 mai 2013, rejet n° 12-14.956, *Act. proc. coll.* 2013, n° 11, alerte 158 et 159.

Cass., com. 23 avril 2013, rejet n° 12-22.843, *Act. proc. coll.* 2013, n° 9, alerte 128 ; *RD banc. et fin.*2013, n° 4, comm.122, note F.-J. Crédot et T. Samin ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 6, comm.181, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 12 mars 2013, rejet n° 11-26.135, *Dr sociétés* 2013, n° 10, comm.164, note J.-P. Legros ; *LEDEN* 2013, n° 4, p. 6, note T. Favario.

Cass., com. 29 janvier 2013, non lieu à renvoyer au Conseil constitutionnel n° 12-40.089.

Cass., com. 22 janvier 2013, cassation n° 11-17.968, *D.* 2013, p. 755, note R. Dammann, p. 1503, note F. Jault-Seseke et p. 2293, note L. d'Avout ; *Revue critique de droit international privé* 2014, p. 404, note F. Jault-Seseke ; *Rev. sociétés* 2013, p. 183, note L.-C. Henry et p. 573, note N. Morelli ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 2, comm.30, note Th. Mastrullo ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 4, alerte 53, note V. Legrand ; *JCP E* 2013, n° 16, p. 1218, note P. Lemay ; *Dr sociétés* 2013, n° 5, comm.89, note J.-P. Legros.

Cass., com. 22 janvier 2013, rejet n° 11-27.420, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 6, comm. 174, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 8 janvier 2013, rejet n° 11-27.120, *Act. proc. coll.* 2013, n° 3, alerte 43 ; *RD banc. et fin.* 2013, n° 4, p. 123, note F.-J. Crédot et T. Samin ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 6, comm.180, note A. Martin-Serf.

2012

Cass., com. 18 décembre 2012, rejet n° 11-17.872, *D.* 10 janvier 2013, note A. Lienhard ; *JCP G* 2013, n° 35, p. 897, note G. Loiseau ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 2, alerte 16 ; *CCC* 2013, n° 3, comm. 56, note N. Mathey.

Cass., com. 13 décembre 2012, cassation n° 11-19.671.

Cass., com. 11 décembre 2012, rejet n° 11-25.399, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 4, dossier 30, note L. Le Mesle.

Cass., com. 11 décembre 2012, cassation n° 11-22.436.

Cass., com. 11 décembre 2012, cassation n° 11-25.795, *LEDEN* 2013, n°2, p. 5, note T. Favario.

Cass., com. 27 novembre 2012, cassation n° 11-23.831.

Cass., com. 13 novembre 2012, rejet n° 11-13.340.

Cass., com. 30 octobre 2012, rejet n° 11-26.530, *Act. proc. coll.* 2012, n° 19, alerte 287, note J. Vallansan.

Cass., com. 30 octobre 2012, cassation n° 11-12.231, *Act. proc. coll.* 2012, n° 19, alerte 290.

Cass., com. 30 octobre 2012, cassation n°11-20.591, *BJE* 1er janvier 2013, n°1, p. 16, note L. Le Mesle.

Cass., com. 16 octobre 2012, rejet n° 11-22.993, *D.* 25 octobre 2012, actualité, note A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2012, p. 730, note Ph. Roussel Galle ; *RTD com.* 2012, p. 829, note D. Legeais ; *JCP E* 2012, n° 49, p. 1735, note D. Legeais ; *Act. proc. coll.* 2012, n° 19, alerte. 293, note C. Regnaut-Moutier.

Cass., com. 2 octobre 2012, rejet n° 11-23.213, *RTD com.* 2012, p. 829, note D. Legeais ; *RD banc. et fin.* 2012, n° 6, comm.187, note D. Legeais ; *JCP E* 2012, n° 49, p. 1735, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 3, comm.92, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 18 septembre 2012, cassation n° 11-14.448, *Act. proc. coll.* 2012, n° 16, alerte 145.

Cass., com. 18 septembre 2012, cassation n° 11-17.546, *JCP E* 2012, n° 50, p. 1757, note Ph. Pétel ; *Procédures* 2012, n° 12, comm. 363, note B. Rolland.

Cass., com. 10 juillet 2012, cassation n° 11-22.898, *Rev. sociétés* 2012, p. 536, note L.-C. henry ; *Bull. Joly* 2012, p. 810, note F.-X. Lucas ; *BJE* septembre 2012, p. 278, note Ph. Roussel-Galle ; *JCP E* 2012, n° 6, p. 1571, note J.-M. Moulin et 1757, note Ph. Pétel ; *LPA* 15 avril 2013, p. 9, note V. Thomas ; *Gaz. Pal.* 12-13 octobre 2012, p. 26, note Ch. Lebel.

Cass., com. 3 juillet 2012, rejet n° 10-17.624.

Cass., com. 19 juin 2012, rejet n° 11-18.940, *D.* 27 juin 2012, actualité, note A. Lienhard et p. 2196, note F.-X. Lucas et P. 2034, note P. Hoang ; *Rev. sociétés* 2012, p. 535, note Ph. Roussel-Galle ; *RTD com.* 2012, p. 829, note D. Legeais ; *RD banc. et fin.* 2012, n° 6, comm.187, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 3, comm.91, note A. Martin-Serf ; *LPA* 15 avril 2013, n° 75, p. 13, note A.-F. Zattara-Gros.

Cass., com. 5 juin 2012, cassation n° 11-16.404.

Cass., com. 22 mai 2012, cassation n° 11-15.358.

Cass., com. 10 mai 2012, cassation n° 11-13.796, *LEDEN* 2012, n° 6, p. 4, note T. Favario ; *Bull. Joly* 2012, n° 9, p. 637, note N. Pelletier.

Cass., com. 10 mai 2012, cassation n° 11-13.284, *Act. proc. coll.* 2012, n° 10, alerte 152.

Cass., com. 10 mai 2012, rejet n° 10-28.217, *D.* 2012, p. 1325 note A. Lienhard ; *JCP E* 2012, n° 31-34, p. 1479, note C. Lebel ; *Act. proc. coll.* 2012, n° 10, alerte 153, note J. Vallansan ; *Bull. Joly* 2012, n° 9, p. 641, note O. Staes.

Cass., com. 10 mai 2012, cassation n° 11-11.903, *Dr. sociétés* 2013, n° 5, comm. 88, note J.-P. Legros.

Cass., com. 27 mars 2012, rejet n° 11-13. 787, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 6, comm. 210, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 27 mars 2012, cassation n° 11-13.536, *RLDA* 2012, n° 73, note D. Robine ; *JCP G* 2012, n° 22, p. 636, note F. Boucard ; *JCP* E 2012, n° 23, p. 39, note J. Stoufflet ; LEDEN 10 mai 2012, n° 5, p. 5, note T. Favario.

Cass., com. 27 mars 2012, rejet n°10-20.077, *Rev. sociétés*, 2012, p. 398, note Ph. Roussel Galle ; *D.* 2012, p.1455, note R. Dammann ; *D.* 2012, p. 2034, note P. Hoang ; *RTD com.* 2012, p. 384, note D. Legeais ; *Rev. sociétés*, 2013, p. 91, note I. Riassetto ; *D.* 2012, p. 2196, note F.-X. Lucas ; *D.* 2012, p. 1573, note P. Crocq ; *JCP G* 2012, n° 22, p. 635, note S. Piedelièvre ; *JCP E* 2012, p. 1274, note D. Legeais ; *Gaz. Pal*. 2012, p. 16, note R. Routier ; *Banque et Droit* n° 143, mai-juin 2012, p. 22, note Th. Bonneau et p. 44, note N. Rontchevsky ; *LPA* 10 mai 2012, n° 94, p. 9, note A. Dadoun ; *LPA* 24 juillet 2012, n° 147, p. 18 ; *Bull. Joly* 2012, p. 493, note Ph. Pétel ; *BJE* 2012, p. 176, note Th. Favario ; *LEDEN* 10 mai 2012, n° 5, p. 5, note N. Borga.

Cass., com. 13 mars 2012, cassation n° 11-15.438, *Act. proc. coll.,* juillet 2012, n°105, note J. Vallansan ; *D.* 2012, p. 2203, note P.-M. Le Corre ; *D.* 2012 ; *BJE* mai 2012, p. 147, n°3, note L. Camensuli-Feuillard ; *Dr. et proc.* mai 2012, p.5, n°4, note P. Roussel Galle ; *Gaz. proc. coll.*, 28 avril 2012, p.5, n°15, note P.-M. Le Corre ; *Gaz. Pal.* 28 juin 2012, p.18, note S. Cabrillac ; *LPA* 3 mai 2012, p. 5, note V. Legrand ; *Bull. Joly* 2012, p. 495, note M.-H. Monsérié-Bon.

Cass., com. 10 mars 2012, rejet n° 10-20.077, *LPA* 24 juillet 2012, n° 147, p. 18, note E. Garaud.

Cass., com. 23 février 2012, cassation n° 10-28.694, *Act. proc. coll.* 2012, n° 7, alerte 110.

Cass., com. 21 février 2012, cassation n° 11-11.514.

Cass., com. 7 février 2012, rejet n° 10-28.757 et 11-10.252.

Cass., com. 10 janvier 2012, cassation n° 10-26.149, *D.* 2013, p. 391, note S. Amrani-Mekki ; *RDI* 2012, p. 222 ; *RTD civ.* 2013, p. 311, note B. Fages ; *RTD com.* 2012, p. 174, note D. Legeais.

Cass., com. 10 janvier 2012, cassation n° 10-28.067, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 6, comm. 211, note A. Martin –Serf.

2011

Cass., com. 8 novembre 2011, cassation n° 09-71.668.

Cass., com. 8 novembre 2011, cassation n° 10-20.626, *Rev. sociétés* 2012, p. 383, note T. Granier.

Cass., com. 2 novembre 2011, cassation n° 09-72.404, *Bull. Joly* 2012, n° 4, p. 307, note T. Granier.

Cass., com. 25 octobre 2011, rejet n° 10-23.671, *Act. proc. coll.* 2011, n° 20, alerte 135.

Cass., com. 11 octobre 2011, rejet n° 10-21.373, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 1, comm.1, note P. Cagnoli.

Cass., com., 11 octobre 2011, cassation n° 10-20.423, *Dr. et patr.* 31 octobre 2011, n° 850, p.3 ; *Rev. proc. coll.*, mai 2012, n° 3, comm.98 par A. Martin-Serf.

Cass., com. 27 septembre 2011, rejet n° 10-20.308.

Cass., com. 22 septembre 2011, n° 10-23.503, *Act. proc. coll.* 2011, n° 18, repère 271, note D. Voinot.

Cass., com. 13 septembre 2011, rejet n° 10-20.760, *Act. proc. coll.* 2011, n° 16, alerte 267.

Cass., com. 13 septembre 2011, rejet n° 10-24.126, *Gaz. Pal.* 21 janvier 2012, n° 21, p. 11, note C. Bidan ; *BJE* janvier 2012, p. 6, note P. Delmotte.

Cass., com. 13 septembre 2011, cassation n° 10-30.766, *Act. proc. coll.* 2011, n° 16, alerte 258 ; *Bull. Joly* 2011, n° 12, p. 1008.

Cass., com. 6 septembre 2011, rejet n° 10-11.975, *D.* 2011, p. 2961, note Y. Serra et 2012, p. 577, note D. Ferrier ; *RTD civ.* 2011, p. 763, note B. Fages ; *JCP E* 2011, n° 45, p. 1788, note D. de Lammerville ; *CCC* 2011, n° 12, comm.258, note N. Mathey ; *RLDC* janvier 2012, n° 89, p. 7.

Cass., com. 12 juillet 2011, cassation n° 10-21.726.

Cass., com. 15 juin 2011, cassation n° 10-23.253, *Act. proc. coll.* 2011, n° 15, alerte 237.

Cass., com. 15 juin 2011, rejet n° 10-18.585.

Cass., com. 15 juin 2011, rejet n° 09-14.578 ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, comm. 209, note A. Martin-Serf ; *Act. proc. coll.* 2011, n° 13, alerte 206.

Cass., com. 31 mai 2011, rejet n° 10-18.472, *Rev. sociétés* 2011, p. 522, note Ph. Roussel Galle ; *JCP E* 2011, n° 42, p. 1737, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, comm.201, note A. Martin-Serf ; *Dr. sociétés* 2011, n° 11, comm.201, note J.-P. Legros.

Cass., com. 31 mai 2011, rejet n° 10-17.684.

Cass., com. 31 mai 2011, rejet n° 09-67.661, *Rev. sociétés* 2011, p. 521, note Ph. Roussel-Galle ; *Dr. sociétés* 2011, n° 11, comm. 200, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, comm. 199, note A. Martin-Serf ; *JCP E* 2011, n° 37, p. 1655, note B. Dondero et A. Couret ; *Act. proc. coll.* 2011, n° 13, note J.-C. Pagnucco.

Cass., com. 18 mai 2011, cassation n° 09-14.281, *Rev. sociétés* 2010, p. 590, note T. Granier ; *Dr. sociétés* 2010, n° 8-9, comm.164, note M. Roussille.

Cass., com. 17 mai 2011, rejet n° 10-14.126.

Cass., com. 12 mai 2011, cassation n° 10-17.602, *JCP N* 2012, n° 12, p. 1144, note J.-M. Delpérier.

Cass., com. 15 mars 2011, QPC, non lieu à renvoi n° 10-40.073, *D.* 2011, p. 2687, note F. Arbellot ; *Rev. sociétés* 2011, p. 387, note Ph. Roussel Galle ; *RTD com.* 2011, p. 642, note A. Martin-Serf ; *Act. proc. coll.* 2011, n° 7, alerte 112.

Cass., com. 8 février 2011, rejet n° 09-17.177, *Rev. sociétés*, 2011, p. 509, note T. Granier ; *Bull. Joly* Mai 2011, p. 412, note F.-X. Lucas.

Cass., com. 1er février 2011, cassation n° 09-72.695, *Dr. sociétés* 2011, n° 8 et 9, comm. 159, note J.-P. Legros ; *Procédures* 2011, n° 5, comm. 184, note B. Rolland ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 3, comm.100, note A. Martin-Serf.

2010

Cass., com. 30 novembre 2010, rejet n° 09-71.954, *D.* 2011, n° 1, p. 8 ; *Act. proc. coll.* 2011, n° 2, alerte 36 ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, comm.122, note J.-Ph. Ruffié ; *JCP E* 29 février 2011, n° 8, p. 27, note B. Rolland.

Cass., com. 28 septembre 2010, cassation n° 09-66.255, *D.* 2010, p. 2617, note R. Salomon ; *RTD civ.* 2010, p. 785, note P. Jourdain ; *Rev. sociétés* 2011, p. 97, note B. Dondero ; *RDI* 2010, p. 565, note D. Noguéro ; *D.* 2011, p. 2758, note E. Lamazerolles ; *JCP G* 29 novembre 2010, n° 48, p. 2224, note C. Benoît-Renaudin.

Cass., com. 7 septembre 2010, cassation n° 09-10.453, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, comm.21, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 6 juillet 2010, rejet n° 09-66.801, *Rev. proc, coll.* 2011, n° 1, comm.8, note Ph. Roussel Galle ; *Gaz. Pal.* 15 et 16 octobre 2010, p. 26, note C. Bidan.

Cass., com. 18 mai 2010, rejet n° 09-66.172, *Rev. sociétés* 2010, p. 303, note A. Lienhard.

Cass., com. 22 juin 2010, rejet n° 09-14.214, *Dr. sociétés* 2012, n° 12, comm.233, note J.-P. Legros.

Cass., com. 11 mai 2010, cassation n° 09-12.906, *RD banc. et fin.* 2010, n° 6, comm.207, note F.-J. Crédot et T. Samin ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, p. 21, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 30 mars 2010, cassation n° 09-14.287, *RD banc. et fin.*, n° 4, comm. 132, p. 61, note D. Legeais.

Cass., com. 30 mars 2010, rejet n° 09-11.805.

Cass., com. 30 mars 2010, cassation n° 08-22.140, *Dr. sociétés* 2010, comm. 147, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, étude 5, note D. Demeyre.

Cass., com. 16 mars 2010, cassation n° 09-11.550, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 3, comm. 120, note A. Martin Serf ; *RD banc. et fin.* 2010, n° 4, comm.128, note F.-J. Crédot et T. Samin

Cass., com. 16 mars 2010, cassation n° 09-13.937, *Gaz. Pal.* 2010, n° 183-184, p. 23, note L.-C. Henry.

Cass., com. 9 mars 2010, cassation n° 08-21.547, *D.* 2010, p. 761, note A. Lienhard et p. 2797, note J.-C. Hallouin ; *Rev. sociétés*, 2010, p. 230, note H. Le Nabasque ; *RTD com.* 2010, p. 374, note P. Le Cannu et B. Dondero, et p. 407, note N. Rontchevsky ; *RTD civ.* 2010, p. 575, note P. Jourdain ; *RSC* 2011, p. 113, note F. Stasiak ; *Rev. proc. coll.* 2011, n° 16, note A. Martin-Serf ; *JCP E* 2010, n° 1483, note S. Schiller ; *Dr. sociétés,* note M.-L. Coquelet ; *Bull. Joly* 2010, p. 537, note D. Schmidt.

2009

Cass., com. 15 décembre 2009, cassation n° 08-21.906, *D.* 2010, note A. Lienhard ; *Act. proc. coll.*, janvier 2010, n° 2, alerte 31, note J. Vallansan ; *Dr. sociétés* 2010, n° 3, comm.55, note J.-P. Legros ; *Rev. sociétés,* 2010, p. 256, note N. Morelli ; *JCP G* 2010, n° 6, p. 55, note Ph. Delmotte et Ph. Roussel Galle ; *LPA* 2010, n° 35, p. 8, note G. Teboul et P.

Nabet, *LPA* 2010, n° 70, p. 3 ; *Rev. proc. coll.*, mai 2010, n° 3, comm.115, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 17 novembre 2009, rejet n° 08-18.929.

Cass., com. 17 novembre 2009, cassation n° 08-11.198, *D.* 2009, n° 43, p. 2861, note A. Lienhard ; *Gaz Pal*. 2010, n°s 8 et 9, p. 27, note E. Le Corre-Broly ; *Rev. proc. coll.* n° 1, p. 32, note F. Legrand et M.-N. Legrand.

Cass., com. 17 novembre 2009, cassation n° 07-21.157, *Gaz. Pal*. Janvier 2010, n°s 8 et 9, p. 27, note E. Le Corre-Broly ; *LPA* 9 avril 2010, n° 71, p. 7, note M.-A. Rakotovahiny.

Cass., com. 17 novembre 2009, cassation n° 08-17.923, *Act. proc. coll.* 2012, n° 2, alerte 34.

Cass., com. 15 septembre 2009, rejet n° 08-18.876, *Rev. sociétés* 2010, p. 109, note T. Granier ; *Dr. sociétés* 2009, n° 12, comm.222, note H. Hovasse.

Cass., com. 30 juin 2009, cassation n° 07-21.212, *Act. proc. coll.* 2009, n° 15, alerte 235.

Cass., com. 7 avril 2009, n° 08-10.427, *RTD com.* 2009, p. 809, note A. Martin-Serf ; *Rev. proc. coll.* 2009, n° 9, comm.177, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 24 mars 2009, rejet n° 08-13.034, *D.* 2009, p. 943, note V. Avenat-Robardet ; *D.* 2009, p. 1661, note N. Borga ; *RTD com.* 2009, p. 425, note D. Legeais ; *JCP G* 2009, II, p. 10091, note A. Gourio ; *JCP E* 2009, p. 1399, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* n° 4, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 17 février 2009, cassation n° 07-20.057, *Act. proc. coll.* 2009, n° 5, alerte 89 ; *RD banc. et fin.* 2009, n° 4, comm. 114, note F.-J. Crédot et T. Samin.

Cass., com. 10 février 2009, cassation n° 07-20.445, *D.* 2009, p. 559, note A. Lienhard et p. 1240, chron. M.-L Bélaval et R. Salomon ; *D.* 2010, p. 287, note J.-C Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *Rev. sociétés* 2009, p. 328, note J.-F. Barbièri ; *RTD civ.* 2009, p. 537, note P. Jourdain ; *Bull. Joly* 2009, p. 499, note S. Messaï-Bahri ; *JCP E* 2009, p. 1602, note B. Dondero.

Cass., com. 3 février 2009, cassation n° 08-11.121.

Cass., com. 3 février 2009, rejet n°08-10.303, *Bull. Joly* 1 mars 2009, p.226, n°3, note M. Sénéchal.

2008

Cass., com. 16 novembre 2008, rejet n° 07-15.982, *RTD com.* 2009, p. 454, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 16 septembre 2008, rejet n° 07-11.012, *Act. proc. coll.* 2008, n° 16, alerte 255.

Cass. com., 24 juin 2008, cassation n° 07-13.431, *Rev. proc. coll.*, octobre 2008, n° 4, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 27 mai 2008, rejet n° 07-13.393, *Act. proc. coll.* 2008, n° 11, alerte 185 ; *Rev. proc. coll.* 2008, n° 4, comm.168, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 14 mai 2008, rejet n° 07-17.939, *Act. proc. coll.* 2008, n° 11, alerte 183.

Cass., com. 6 mai 2008, cassation n° 07-12.251, *D.* 2008, p. 2113, note B. Dondero ; *Rev. sociétés* 2008, p. 618, note D. Poracchia ; *RTD civ.* 2008, p. 500 note P.-Y. Gauthier ; *Dr. sociétés* 2008, comm.171, note M.-L. Coquelet ; *BJS* 2008, p. 762, note P. Le Cannu ; *Banque et droit* mai-juin 2008, p. 52, note M. Storck ; *RJ com.* 2008, p. 362, note S. Jambort ; *RJDA* septembre 2008, p. 1063, note D. Gibirila.

Cass., com. 15 avril 2008, rejet n° 07-12.153, *Act. proc. coll.* 2008, n° 8, alerte 138.

Cass., com. 18 mars 2008, cassation n° 02-21.616, *D.* 2009, p. 349, note J.-M. Deleneuville ; *Dr. sociétés* 2008, n° 7, comm.151, note J.-P. Legros ; *JCP E* 2008, n° 35, p. 2022, note C. Delattre ; *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, comm.171, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 5 février 2008, rejet n° 07-10.004, *D.* 2008, p. 543, note A. Lienhard et p. 1231, note M.-L. Bélaval ; *RTD com.* 2008, p. 860, note C. Saint-Alary-Houin ; *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, comm. 86, note A. Martin-Serf ; *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, comm. 8, note J.-J. Fraimout ; *Procédures* 2008, n° 4, comm.117, note B. Rolland.

Cass., com. 22 janvier 2008, cassation n° 06-20.766, *D.* 2008, p. 348, note A. Lienhard ; *RTD civ.* 2008, p. 512, note T. Revet ; *JCP E* 2008, n° 7, p. 1432, note M. Cabrillac ; *Gaz. proc. coll.* 29 avril 2008, p. 23, note D. Voinot ; *LPA* 2 juin 2008, note J.-P. Sortais.

Cass., com. 8 janvier 2008, rejet n° 05-17.936, *RD banc. et fin.* 2008, n° 3, comm.69, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2008, n° 4, comm.170, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 8 janvier 2008, rejet n° 03-13.319, *Rev. proc. coll.* 10/2008, n° 4, comm. 169, note A. Martin-Serf.

2007

Cass., com. 30 octobre 2007, cassation n° 06-18.328, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 4, comm.150, note M.-H. Monsèrié-Bon.

Cass., com. 19 juin 2007, rejet n° 05-14.300, *RD banc. et fin.* 2007, n° 5, comm. 50, note D. Legeais.

Cass., com. 22 mai 2007, cassation n° 05-21.703, *RD banc. et fin.* 2007, n° 5, p. 50, note D. Legeais.

Cass., com. 13 mars 2007, rejet n° 06-10.258.

Cass., com. 27 février 2007, cassation n° 06-13.649, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, comm.95, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 13 février 2007, cassation n° 05-12.471.

2006

Cass., com. 21 novembre 2006, rejet n° 05-18.979.

Cass., com. 7 novembre 2006, rejet n° 05-16.693, *D.* 2006, p. 2910, note A. Lienhard ; *Gaz. proc. coll.* 2007/1, p. 49, note T. Montéran ; *Act. proc. coll.* 2006, n° 253, note C. Régnaut-Moutier ; *Bull. Joly* 2007, n° 3, p. 359, note F.-X. Lucas ; *Rev. proc. coll.* 2007/2, p. 86, n° 8, note A. Martin-Serf ; *RD. banc. et fin.* 2006, n° 6, p. 209, note F.-X. Lucas ; *Dr. sociétés* 2007, n° 3, note J.-P. Legros.

Cass., com. 3 octobre 2006, rejet n° 05-16.463.

Cass., com. 27 juin 2006, cassation n° 05-11.690, *JCP E* 2007, p. 28, note C. Delattre.

Cass., com. 27 juin 2006, cassation n° 05-14.271.

Cass., com. 20 juin 2006, cassation n° 05-15.217.

Cass., com. 20 juin 2006, rejet n° 04-16.238, *RTD com.* 2006, p. 891, note D. Legeais.

Cass., com. 13 juin 2006, rejet n° 05-10.888 et 10 mai 2012, cassation n ° 11-13.284, *Act. proc. coll.* 2012, n° 10, alerte 152.

Cass., com. 3 mai 2006, cassation n° 04-15.517, *D.* 2007, p. 753, note D. R. Martin ; *D.* 2006, p. 1618, note J. François ; *D.* 2006, p. 1445, note X. Delpech ; *RDI* 2006, p. 1294, note H. Heugas-Darraspen ; *JCP E* 2006, p. 2697, n° 37, note L. Dumoulin.

Cass., com. 7 mars 2006, rejet n° 04-16.536 ; *Rev. sociétés*, 2006, p. 644, note J.-F. Barbièri, ; *D.* 2006, p. 857, note A. Lienhard ; *RTD com.* 2006, p. 431, note P. Le Cannu ; *Bull. Joly* 1er juillet 2006, n° 7, p. 938, note F.-X. Lucas.

2005

Cass., com. 8 novembre 2005, cassation n° 04-12.322.

Cass., com. 12 juillet 2005, cassation n° 02-19.860, *D.* 2005, p. 2950, note J.-C. Hallouin et p. 2002, note A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2005, p. 913, note J.-P. Sortais.

Cass., com. 21 juin 2005, rejet n° 04-12.087, *JCP E* n° 36, p. 1283 ; *JCP G* 2005, n° 31-35, IV 2846.

Cass., com. 7 juin 2005, rejet n° 04-13.262, *JCP E* 2005, n° 1751, note C. Delattre ; *Rev. proc. coll.* 2006/3, n° 3, p. 291, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 24 mai 2005, cassation n° 03-17.481, *D.* 2005, p. 1695, note A. Lienhard.

Cass., com. 24 mai 2005, rejet n° 04-11.875.

Cass., com. 10 mai 2005, rejet n° 04-11.582.

Cass., com. 19 avril 2005, cassation n° 05-10.094 : *D.* 2005, p. 1625, note A. Lienhard ; *Rev., sociétés*, 2006, p. 897, note J. Marotte et D. Robine ; *RTD com.* 2005 p. 541, note C. Champaud.

Cass., com. 12 avril 2005, cassation n° 03-20.901, *Gaz. proc. coll.* 2005/2, p. 19, note D. Voinot et p. 25, note P.-M. Le Corre.

Cass., com. 22 mars 2005, cassation n° 03-12.922, *D.* 2005, p. 1020, note Lienhard ; *RTD com*. 2005, p. 578, note D. Legeais ; *Gaz., proc. coll*. 2005/2, p. 32, note R. Routier ; *JCP E*, 2005, n° 47, chron. 1676, note L. Dumoulin ; *Rev., proc. coll*. 2005/4, p. 387, n° 2, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 15 mars 2005, cassation n° 03-19.488, *Gaz. proc. coll.* 2005/2, p. 52, note T. Montéran.

Cass., com. 15 mars 2005, cassation n° 03-19.830.

Cass., com. 15 mars 2005, rejet n° 02-13.415.

Cass., com. 22 février 2005, rejet n° 02-12.199, *RD banc. et fin.* 2005, n° 5, comm. 157, note F.-J. Crédot et Y Gérard.

Cass., com. 15 février 2005, cassation n° 03-14.547, *D.* 2005, p. 711, note A. Lienhard ; *Gaz. proc. coll.* 29 avril 2005, p. 31, note D. Voinot.

Cass., com. 18 janvier 2005, cassation n° 03-12.873.

Cass., com. 4 janvier 2005, rejet n° 03-14.150, *D.* 2005, p. 215, note A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2005, p. 451, note Th. Bonneau.

2004

Cass., com. 28 septembre 2004, cassation n° 02-13.608.

Cass., com. 12 juillet 2004, cassation n° 02-16.034.

Cass., com. 12 juillet 2004, rejet n° 03-12.634.

Cass., com. 7 juillet 2004, rejet n° 02-15.208.

Cass. com. 5 mai 2004, rejet n° 01-02.041, *D.* 2004, n° 25, p. 1796, note J.L. Vallens et n° 29, p. 2145 note C. Henry ; *Act. proc. coll.* 2004, n° 156, note J.-Ph. Dom ; *JCP E* 2004, n° 36, p. 1249, note S. Reifergeste ; *RTD com.* 2004, n° 7, p. 601, note C. Mascala ; *Bull. Joly* 2004, p. 1349, note M.-H. Monsèrié-Bon ; *Rev. sociétés* 2004, p. 715, note P.-M. Le Corre ; *LPA* 8 juillet 2005, n° 135, p. 14, note L.-C. Henry ; *Rev. crit. DIP* 2005, P. 104, note D. Bureau.

Cass., com. 31 mars 2004, cassation n° 02-16.437, *RTD com.* 2004, p. 582, note D. Legeais.

Cass, com. 24 mars 2004, rejet n°01-03.426.

Cass. com. 17 mars 2004, cassation n° 01-15.969.

Cass., com. 3 mars 2004, cassation n° 02-16.547.

Cass., com. 3 mars 2004, rejet n° 99-21.712, *Dr. sociétés* 2004, n° 12, comm.218, note H. Hovasse.

Cass., com. 14 janvier 2004, rejet n° 01-10.107.

Cass., com. 7 janvier 2004, rejet n° 02-14.968.

2003

Cass., com. 10 décembre 2003, cassation n° 01-03.746, *D.* 2004, p. 136, note X. Delpech ; *RTD civ.* 2004, p. 736, note J. Mestre ; *RTD com.* 2004, p. 139, note D. Legeais ; *Dr. social* 2004, p. 1046, note G.-A. Likillimba ; *RC et ass.* 2004, n° 3, comm.58 ; *JCP G* 2004, n° 15, II, 10057, note A. Bugada ; *RD banc. et fin.* 2003, n° 4, comm.109, note F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *Revue de droit rural* 2007, n° 356, étude 33, note T. Tauran.

Cass., com. 19 novembre 2003, cassation n° 00-19.584, *RTD com*., 2004, p. 145, note D. Legeais.

Cass., com. 19 novembre 2003, n° 01-01.456.

Cass., com. 23 septembre 2003, rejet n° 99-11.379. *Act. proc. coll.* 2003, n° 241.

Cass., com. 20 mai 2003, rejet n° 99-17.092, *D.* 2003, p. 1502, note A. Lienhard et p. 2623, note B. Dondero ; *Rev. sociétés*, 2003, p. 479, note J.-F. Barbièri ; *RTD civ.* 2003, p. 509, note P. Jourdain ; *RTD com.* 2003, p. 523, note J.-P. Chazal et Y. Reinhard et p. 741, note Y. Champaud et D. Danet ; *Dr. sociétés*, 2003, n° 8, p. 25, note J. Monnet ; *D. et patrim.* 11/2003, p. 91, note D. Poracchia ; *JCP G* 2003, p. 2000, note S. Reifergeste ; *JCP E* 2003, p. 1331, note J.-J Caussain *et al.* ; *Gaz. Pal.* 6 février 2004, n° 37, p. 22, note J.-F. Clément ; *Banque et droit,* septembre/octobre 2003, p. 64, note M. Storck ; *Bull. Joly*, 2003, p. 786, note H. Le Nabasque ; *LPA* 7 novembre 2003, n° 223, p. 13, note S. Messaï.

Cass., com. 13 mai 2003, cassation n° 00-16.247, *RTD com.* 2003, note J.-L. Vallens ; *Bull. Joly* 2003, n° 187, note P. Pétel.

Cass., com. 4 mars 2003, rejet n° 99-19.961, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 46, note C. Lebel.

2002

Cass., com. 26 novembre 2002, cassation n° 01-03.980, *RTD civ.* 2003, p. 316, note T. Revet ; *RTD com.* 2003, p. 570, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 5 mars 2002, rejet n° 98-17.585, *D.* 2002, p. 1139, note A. Lienhard ; *RTD civ.* 2002, p. 339, note P. Crocq et p. 327 note T. Revet ; *RTD com.* 2002, p. 544, note A. Martin-Serf et p. 717, note B. Bouloc.

Cass., com. 5 mars 2002, rejet n° 98-22.646, *D.* 2002, act., n° 1422 ; *Dr. et patr.* 2002, n° 108, p. 112, note M.-E. Monsèrié-Bon ; *JCP E* et A, 2002, chron., p. 1523 ; *Procédures* 2002, n° 6, note Ch. Laporte ; *RD banc. et fin.*, n° 3, note F.-X. Lucas ; *RTD com.* 2002, p. 378, note J.-L. Vallens.

Cass., com. 5 février 2002, cassation n° 99-11.903, *RTD civ.* 2002, p. 270, note J. Hauser.

Cass., com. 22 janvier 2002, rejet n° 99-14.357.

Cass., com. 8 janvier 2002, rejet n° 98-22.077.

2001

Cass., com. 4 décembre 2001, rejet n° 99-17.664, *D.* 2002, p. 719, *RTD com.* 2002, p. 140, note M. Cabrillac.

Cass., com. 23 octobre 2001, rejet n° 99-12.623, *CCC* 2002, n° 1, comm.9, note M. Malaurie-Vignal.

Cass., com. 6 septembre 2011, rejet n° 10-11.975, *D.* 2011, p. 2961, note Y. Serra et 2012, p. 577, note D. Ferrier ; *RTD civ.* 2011, p. 763, note B. Fages ; *JCP E* 2011, n° 45, p.

1788, note D. de Lammerville ; *CCC* 2011, n° 12, comm.258, note N. Mathey ; *RLDC* janvier 2012, n° 89, p. 7.

Cass., com. 29 mai 2001, cassation n° 98-18.918, *Act. proc. coll.* 2001/12, n° 157, note J. Casey.

Cass., com. 23 janvier 2001, cassation n° 97-21.193, *Act., proc. coll*. 2001, n° 94 et 114 note J. Vallansan.

2000

Cass., com. 17 octobre 2000, rejet n° 98-10.955, *D.* 2000, p. 411, note A. Lienhard ; *D.* 2001, p. 619, note A. Honorat ; *RTD com.* 2001, p. 243, note J.-L. Vallens ; *Act. proc. coll.* 2000/18, n° 232, note Th. Bonneau.

Cass., com. 28 mars 2000, cassation n° 97-19.153, *D.* 2000, p. 225, note P. Pisoni ; *RTD com.* 2000, p. 731, note J.-L. Vallens et p. 615, note C. Champaud et D. Danet ; *D.* 2001, p. 618, note A. Honorat ; *Act. proc. coll.* 2000, comm.113, note B. Saintourens ; *JCP E* 2000, p. 1566, note P. Pétel ; *RD banc. et fin.* 2000, comm.73, note F.-X. Lucas.

Cass., com. 14 mars 2000, rejet n° 97-12.684, *Dr. sociétés* 2000, n° 6, p. 89, note Y. Chaput ; *RTD com.* 2000, p. 468, note J.-L. Vallens ; *Bull. Joly* 2000, n° 132, note M. Menjucq ; *Rev. proc. coll.* 2003, p. 165, n° 8, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 1er février 2000, cassation n° 96-19.456.

Cass., com. 4 janvier 2000, rejet n° 96-18.638, *D.* 2000, p. 56, note A. Lienhard ; *RTD com.* 2000, p. 457, note A. Martin-Serf et p. 708, note B. Bouloc.

1999

Cass., com. 14 décembre 1999, cassation et rejet n° 97-14.500, *D.* 2000, p. 90, note J. Faddoul ; *RTD com.* 2000, p. 157, note M. Cabrillac et p. 372, note C. Champaud.

Cass., com. 26 octobre 1999, rejet n° 97-12.092, *D.* 1999, p. 93, note A. Lienhard ; *Act. proc. coll.* 1999-19, n° 258, note J. Vallansan ; *JCP E* 2000, p. 128, n° 9, note P. Pétel et P. 1660, note P.-M. Le Corre ; *RTD com.* 2001, p. 226, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 19 octobre 1999, cassation n° 96-16.377, *D.* 1999, p. 74 ; *RTD com.* 2000, p. 155, note M. Cabrillac et p. 448, note C. Saint-Alary-Houin ; *RD banc. et fin.* 2000, n° 1, p. 157, note F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *Act. proc. coll.* 1999/18, n° 249, note D. Legeais.

Cass., com. 16 mars 1999, cassation n° 95-17.420, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 262, note A. Martin-Serf.

Cass., com. 21 janvier 1999, rejet n° 96-22.457, *D.* 2000, p. 87 note Y. Serra.

Cass., com. 5 janvier 1999, rejet n° 96-20.621, *D. affaires*, 1999, p. 219, note A. Lienhard ; *RTD com.* 1999, p. 476, note M. Cabrillac ; *LPA* 26 janvier 1999, n° 18, note P.-M. Le Corre.

1998

Cass., com. 1er décembre 1998, rejet n° 96-18.657, *RTD com.* 1999, p. 130, note C. Champaud.

Cass., com. 27 octobre 1998, cassation n° 96-10. 968.

Cass., com. 13 octobre 1998, cassation n° 95-21.988, *D. Affaires* 1998, p. 816, note A. Lienhard ; *RTD com.* 1999, p. 979, note A. Martin-Serf ; *JCP E* 1999, p. 1060, note P. Rossi.

Cass., com. 9 juin 1998, cassation n° 95-12.338, *D.* 1998, p. 329, note A. Honorat ; *RTD com.* 1999, p. 190, note A. Laude.

Cass., com. 28 avril 1998, cassation n° 96-10.253, *Rev. sociétés*, 1998, p. 767, note B. Saintourens ; *RTD civ.* 1998, p. 688, note P. Jourdain et 1999, p. 99, note J. Mestre ; *RTD com.* 1998, p. 623, note B. Petit et Y. Reinhard.

Cass., com. 3 février 1998, rejet n° 96-10.158.

1997

Cass., com., 7 octobre 1997, rejet n° 94-18.553.

1996

Cass., com. 5 mars 1996, cassation n° 94-13.583, *RTD com*., 1996, p. 507, note M. Cabrillac.

Cass., com. 16 janvier 1996, rejet n° 93-21.335, *RTD com.* 1996, p. 305, note M. Cabrillac.

1995

Cass., com. 28 février 1995, cassation n° 92-17.329.

Cass., com. 31 janvier 1995, rejet n° 92-17.733.

Cass., com. 31 janvier 1995, cassation n° 92-21.548 : *RJDA* 7/1995, n° 902, p. 717 ; *Bull. Joly* 1995, n° 109, p. 341, note A. Couret ; *Rev., sociétés* 1995, p. 763, note Y. Guyon ; *RTD com.* 1996, p. 543, note J.-Ph. Haehl.

1994

Cass., com. 11 octobre 1994, rejet n° 90-16.309.

1993

Cass., com. 16 novembre 1993, rejet n° 91-18.576, *D.* 1994, p. 157, note A. Amalvy et F. Derrida.

Cass., com. 22 juin 1993, rejet n° 90-17.418, *D.* 1993, p. 366, note A. Honorat ; *RTD civ.* 1994, p. 888, note F. Zenati.

Cass., com. 18 mai 1993, cassation n° 91-17.675, *RTD com.* 1993, p. 552, note M. Cabrillac et B. Teyssié.

Cass., com. 30 mars 1993, rejet n° 91-11.560.

1992

Cass., com. 24 novembre 1992, rejet n° 90-21.600, *JCP G* 1993, n° 5, II, 21993, note D. Vidal.

Cass., com. 31 mars 1992, rejet n° 90-13.942, *RTD com*. 1993, p. 384, note A. Martin-Serf ; *D.* 1993, p. 8, note F. Derrida.

1991

Cass., com. 3 décembre 1991, cassation n° 90-14.592, *Rev. sociétés* 1992, p. 488, note D. Vidal.

Cass., com. 1er octobre 1991, cassation n° 89-13.127, *D.* 1992, p. 261, note F. Derrida ; *RTD com.*1992, p. 239, note Y. Chaput, p. 240, note Y. Chaput, p. 428, note M. Cabrillac ; *D.* 1993, p. 10, note F. Derrida ; *JCP E*, 1991, II, p. 236, note M. Jeantin.

1989

Cass., com. 7 février 1989, rejet n° 85-17.531, *RTD civ.* 1990, p. 109, note F. Zenati.

1988

Cass., com. 11 juillet 1988, rejet n° 87-11.408.

1986

Cass. com. 17 juin 1986, rejet n° 84-17.668.

1985

Cass., com. 19 février 1985, rejet n° 83-14.713.

1983

Cass., com. 2 mai 1983, rejet n° 81-14.223.

1982

Cass., com. 8 mars 1982, cassation n° 79-10.412, *Rev. sociétés*, 1982, p. 573, note Y. Guyon.

1981

Cass., com. 16 juillet 1981, rejet n° 80-12.722.

1979

Cass., com. 9 octobre 1979, rejet n° 78-11.053.

1978

Cass., com. 28 avril 1978, cassation n° 76-13.607, *D.* 1978, p. 562, note F. Derrida.

Cass., com. 31 mars 1978, cassation n° 76-15.067, *D.,* 1978, jurisprudence p. 646, note F. Derrida et J.-P. Sortais.

Cass., com. 14 février 1978, cassation n° 76-13.718, *D.* 1978, Informations rapides, note A. Honorat.

1976

Cass., com. 27 avril 1976, rejet n° 74-13.777, *D.* 1976, p. 641, note F. Derrida.

1971

Cass., com. 15 juin 1971, rejet n° 70-10.803.

1970

Cass., com. 19 janvier 1970, rejet n° 68-12.940, *D.* 1970, Jurisprudence p. 479, note G. Poulain.

1969

Cass., com. 17 novembre 1969, rejet, *D.* 1970, somm., p. 115.

1968

Cass., com. 19 novembre 1968, rejet.
Cass., com. 18 novembre 1968 cassation, *D.,* 1969, p. 200.

1967

Cass., com. 19 juin 1967, rejet, *RTD com*. 1968, p. 144, note R. Houin.

1966

Cass., com. 29 juin 1966, rejet.

1965

Cass., com. 24 mars 1965, rejet, *RTD com*. 1965, p. 901, note R. Houin.

1961

Cass., com. 25 mai 1961, rejet.

δ – Chambre criminelle

2016

Cass., crim. 6 avril 2016, cassation n° 15-81.272, *D.* 2016, p. 1409, note N. Balat ; *RDI* 2016, p. 471, note G. Roujou de Boubée ; *Rev. proc. coll.,* 2016, n° 3, comm.91, note G. Berthelot ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, comm. 121, note F. Macorig-Venier ; *JCP G* 2016, n° 29, p. 854, note N. Catelan.

2015

Cass., crim. 11 mars 2015, rejet n° 13-86.155.

2014

Cass., crim. 22 octobre 2014, rejet n° 13-22.898.

2013

Cass., crim. 27 novembre 2013, rejet n° 12-84.804, *D.* 2014, p. 1564, note C. Mascala ; *Rev. sociétés* 2014, p. 186, note B. Bouloc ; *RTD com.* 2014, p. 203, note B. Bouloc ; *D. pénal* 2016, n° 6, comm.98, note J.-H. Robert.

Cass., crim. 8 janvier 2013, rejet n° 12-81.102.

2012

Cass., crim. 7 novembre 2012, rejet n° 11-87. 013.

2010

Cass., crim. 27 janvier 2010, rejet n° 09-87.361, *Rev. sociétés* 2010, p. 193, note Ph. Roussel Galle ; *RTD com.* 2010, p. 618.

Cass., crim. 26 janvier 2010, rejet n° 09-81.864.

2004

Cass., crim. 7 septembre 2004, rejet n° 03-86.292.

1998

Cass., crim. 5 août 1998, cassation n° 97-84.431, *Rev. sociétés* 1999, p. 175, note B. Bouloc ; *RSC* 1999, p. 334, note J.-F. Renucci.

1991

Cass., crim. 29 octobre 1991, cassation n° 89-86.893.

ε – Chambre mixte

2010

Cass., mixte, 19 novembre 2010, cassation n° 10-10.095, *D*. 2011, p. 344, note A. Lienhard, note F. Marmoz, et p. 123, chron. V. Vigneau, et p. 314, note A. Outin-Adam et M. Canaple, et p. 1246, note G. Borenfreund, E. Dockès, O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, T. Pasquier, I. Odoul Asorey et M. Sweeney, et p. 2758, note J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *Rev. sociétés* 2011, p. 34, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 2011, p. 130, note B. Dondero et P. Le Cannu.

2002

Cass., mixte, 4 novembre 2002, cassation n° 00-13.524, *D.* 2003, p. 1194, note E. Dreyer ; *RTD com.* 2003, p. 388 note B. Bouloc ; *Rev. sociétés* 2003, p. 370 ; note B. Bouloc ; *RSC* 2004, p. 91, note J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; *JCP E* 2003, II, p. 10006, note E. Derieux.

Cass., mixte, 6 septembre 2002, cassation n° 98-22.981, *D.* 2002, p. 2963, note D. Mazeaud et p. 2531, note A. Lienhard ; *RTD civ.* 2003, p. 94, note J. Mestre ; *RTD com.* 2003, p. 355, note B. Bouloc ; *JA* n° 270, p. 8, note F. Suplisson ; *CCC* 2002, n° 151, note G. Raymond ; *JCP G* 2002, II, p. 10173, note S. Reifergeste ; *LPA* 2002, n° 213, p. 16, note D. Houtcieff ; *RLDA* 2002, n° 54, n° 3427, note B. Fages.

1970

Cass., mixte, 27 février 1970, cassation n° 68-10.276, *D.* 1970, p. 201, note R. Combaldieu ; *JCP G* 1970, II, p. 16305, note P. Parlange ; *RTD civ.* 1970, p. 353, note G. Durry.

***S* - Chambre réunies**

1941

Ch., réun. 2 décembre 1941 (renvoi), *D.* 1942, I, p. 25, note G. Ripert.

1930

Ch., réun. 13 février 1930 cassation, *D.* 1930, I, p. 57, note G. Ripert.

***𝒳* – Chambre sociale**

2016

Cass., soc. 23 mars 2016, cassation n° 14-22.250, *Dr. social* 2016, p. 650, note S. Tournaux ; *JCP E* avril 2016, n° 14, actu 313 ; *JCP S* avril 2016, n° 13, actu 147.

2010

Cass., soc. 29 septembre 2010, cassation n° 09-42.679, *JCP S* 2010, n° 48, p. 1511, note T. Lahalle ; *Act. proc. coll.* 2010, n° 17, alerte 250.

2 – Jurisprudence constitutionnelle

2015

Cons., const. 7 octobre 2015, QPC n° 2015-586.

Cons., const. 5 août 2015, DC n° 2015-715.

Cons., const. 7 juillet 2015, QPC transmise par la Cour de cassation pourvoi n°14-29.360.

2014

Cons., const. 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC, *Rev. sociétés* 2014, p. 753, note Ph. Roussel galle ; *D.* 2015, p. 124, note Ph. Brun ; *Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, comm.172, note A. Martin-Serf ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 18, repère 311, note B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 2014, n° 12, comm.192, note J.-P. Legros.

2010

Cons., const. 11 juin 2010, *Vivianne L*, QPC n° 2010-2, *AJDA* 2010, p. 1178 ; *D*. 2010, p. 1976, note I. Gallmeister ; *ibid*., p. 1980, note V. Bernaud et L. Gay ; *ibid*. 2011, p. 2565, note A. Laude ; *ibid*. 2012, p. 297, chron. N. Maziau ; *RFDA* 2010, p. 696, note C. De Salins ; *RDSS* 2010, p. 127, note R. Pellet ; *Constitutions* 2010, p. 391, note A. Levade ; *ibid.*, p.403, note P. De Baecke ; *ibid*., p. 427, obs. X. Bioy ; *RTD civ*. 2010. 517, note P. Puig.

2005

Cons., const. 22 juillet 2005, DC n° 2005-522.

1999

Cons., const. 9 novembre 1999, DC n° 99-419.

3 – Jurisprudence administrative

a – Conseil d'état

2013

CE. 6e sous-section, 25 juillet 2013, n° 353500, *Sté Kalkalit Nantes*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, comm.174 par A. Martin –Serf.

2012

CE. 9 mai 2012, n° 335613, *Sté Godet frères c/ Sté Charentaise d'entrepôt, AJDA* 2012, p. 977.

CE. 17 février 2012, requête n° 334766, *AJDA* 2012, p. 1665, étude par H. Belrhali-Bernard ; *RDSS* 2012, p. 563, note C. Marliac.

CE. 1er février 2012, n° 347205, *Bizouerne, AJDA* 2012, p. 1075, note H. Belrhali-Bernard ; *RFDA* 2012, p. 333, concl. C. Roger-Lacan.

2008

CE. 1re et 6e sous section réunies, 22 février 2008, n° 252514, *Sté Générale d'archives*.

2003

CE. 3 décembre 2003, n° 236901, *Sté Podeval « Les innovations mécaniques »*, *RDI* 2004, p. 427, note F.-G. Trébulle ; *Environnement et développement durable* 2004, n° 3, comm.25, note P. Trouilly.

1998

CE. Ass. 20 février 1998, *Société Etudes et construction de sièges pour automobiles ; Société Compagnie européenne de sièges pour automobiles ; Société EAK ; Société Eli-Echappement*, concl. Arrighi De Casanova (J).

1992

CE. Ass. 10 avril 1992, Époux V, annulation n° 79027, *AJDA* 1992, p. 355, note H. Legal ; *RFDA* 1992, p. 571, note Legal ; D. 1993, p. 146, note P. Bon et Phi. Terneyre ; M. Long, P. Weil, G. Braibant *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 20e éd., n° 90.

1938

CE. 14 janvier 1938, n° 51704, *SA des produits laitiers la Fleurette*.

1905

CE. 10 février 1905, *Tomaso-Grecco*, (rejet de la requête), *D.*, 1906, III, p. 81 ; M. Long, P. Weil, G. Braibant *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 20e éd., n° 14.

b - Tribunal des conflits

2006

T. confl. 20 novembre 2006, n° 3570, *Me André ès. qual. c/ Commune d'Alès*, *Dr. sociétés* juin 2007, n° 6, note J.-P. Legros ; *RJDA* 2/2007, p. 119, note D. Chauvaux.

1873

T. confl. 30 juillet 1873, *Pelletier*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 20e éd., n° 2.

c – Cour administrative d'appel

2010

CAA Douai, 25 mars 2010, n° 08DA01871, *SARL Vitse et SARL Devarem*, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, comm. 121, note J.-Ph. Ruffié.

4 – Jurisprudence européenne

2011

CEDH 22 septembre 2011, n° 60983/09, *Rev. sociétés* 2011, p. 728, obs. Ph. Roussel Galle.

5 – Conseil de la concurrence

2002

Décision n° 02-D-36 du14 juin 2002.

X - Avant projet – Avis – Communication – Communiqué de presse – Compte rendu de séance – Délibération – Dossier de presse – Étude – Exposé des motifs – Proposition de loi – Question – Rapport et Réponse ministérielle – Principes

Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, communiqué au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005.

Avis n° 16003 du 4 avril 2016 rendu par la Cour de cassation suite à la demande n° 16-70.001.

Avis n° 337 (2004-2005) de M. C. Gaudin, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 11 mai 2005.

Communication de la Cour de cassation du 2 février 2009, relative au « Pouvoir souverain des juges du fond ».

Communiqué de presse du 28 avril 2015, n° 299-582 de MM. Macron et Sapin relatif au *Renouvellement de l'accord de place sur la médiation du crédit.*

Compte rendu n° 18 de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance et l'activité, 17 janvier 2015.

Compte rendu intégral de la séance au Sénat du jeudi 1er mars 2012, p. 1758.

Délibération de la HALDE n° 2010-296 du 13 décembre 2010.

Délibération de la HALDE n° 2010 -193 du 27 septembre 2010.

Dossier de presse du comité national de lutte contre la fraude, « la lutte contre la fraude aux finances publiques en 2014 ».

Etude OpinionWay/Hiscox : « Le patrimoine personnel de la majorité des chefs d'entreprise n'est pas protégé ! ». Consultable sur le site : https://www.hiscox.fr/wp-content/uploads/2015/12/20150416-CP_EtudeResponsabilite-desDirigeants_VF.pdf

Exposé des motifs du projet de loi de sauvegarde des entreprises, présenté par M. Dominique Perben, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 mai 2004.

Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, adoptés par le Conseil de Direction d'UNIDROIT à sa 83ème session tenue à Rome les 19 et 21 avril 2004.

Projet de loi de modernisation de la justice du XXIe siècle, adoptée par l'Assemblée Nationale en nouvelle lecture le 12 juillet 2016.

Projet de loi enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 30 mars 2016, relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs (17 février 2016).

Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010.

Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

Proposition de loi du 17 décembre 2003, n° 1304, relative au renforcement de la responsabilité individuelle des dirigeants et mandataires sociaux dans les sociétés anonymes ainsi qu'à la transparence et au contrôle de leur rémunération dans les sociétés cotées.

Question n° 21888 de M. O. Marleix, publiée au JO le : 26 mars 2013, p. 3217. Réponse publiée au JO le 01octobre 2013, p. 10371. Date de renouvellement : 10 septembre 2013.

Question n° 74721, de M. Le Fur au ministre délégué aux affaires européennes, 2006.

Rapport n° 712 (2015-2016) de M. François Pillet, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, enregistré à la Présidence du Sénat le 22 juin 2016.

Rapport d'activité 2015 de la médiation du crédit aux entreprises, *JCP E* 2016, n° 12, actualité 250.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, publié au JORF n° 0062 du 14 mars 2014 page 5243.

Rapport de l'Assemblée Nationale sur la loi du 12 mars 2012.

Rapport du Sénat sur la loi du 12 mars 2012.

Rapport n° 448 du 29 février 2012, fait, sur le proposition de loi relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet, devant le Sénat par J.-P. Sueur.

Rapport n° 4411 du 28 février 2012, fait, sur la proposition de loi relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet, devant l'Assemblée Nationale par F. Guégot.

Rapport d'information n° 558 (2008-2009) relatif à « la responsabilité civile : des évolutions nécessaires », de MM. A. Anziani et L. Béteille, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009.

Rapport : *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription,* sous la direction de P. Catala, La Documentation Française, art. 1340 à 1386.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JORF n° 0295 du 19 décembre 2008, p. 19457, texte n° 28.

Rapport « sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, de sauvegarde des entreprises », n° 335, par J.-J. Hyest.

Rapport n° 2528, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, fait par R. Dosière et enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 29 juin 2000.

Réponse ministérielle, n° 25638 : JO Sénat, 6 février 1986, p. 223.

XI - Sources officielles

A – Sources internes

2016

Ordonnance n° 2016-728 du 2 juin 2016 relative au statut de commissaire de justice, remplacera à terme les professions d'huissier de justice et de commissaire-priseur.

Avant projet de loi portant réforme de la responsabilité civile, soumis à consultation publique le 29 avril 2016.

Décret n° 2016-217 du 26 février 2016 fixant la liste et le ressort des tribunaux de commerce spécialisés.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

2015

Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Circulaire du 9 janvier 2015 relative aux modalités d'accueil et de traitement des dossiers des entreprises confrontées à des problèmes de financement.

2014

Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

2012

Décret n° 2012-1190 du 25 octobre 2012 pris pour l'application de la loi n° 2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet.

Circulaire de M. A. Montebourg, ministre du redressement productif, adressée le 14 juin 2012 à l'ensemble des préfets de régions.

Décret n° 2012-405 du 23 mars 2012 modifiant l'article D. 144-12 du code monétaire et financier.

Loi n° 2012-346 du 12 mars 2012, relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet.

2010

Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL.

Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

2009

Loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers.

Circulaire interministérielle du 6 mai 2009 ayant pour objet la lutte contre la fraude aux prestations sociales.

2008

Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

2006

Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

2005

Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

2002

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

2001

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

2000

Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

1994

Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

1991

Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

1985

Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

1981

Loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 relative au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises.

1978

Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil.

1967

Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

1966

Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

1955

Décret n° 55-583 du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires et à la réhabilitation.

1935

Décret-loi du 8 août 1935 portant application aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqueroute et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et d'administrer une société.

1889

Loi du 4 mars 1889 portant modification de la législation des faillites.

1867

Loi du 22 juillet 1867 relative à la contrainte par corps.

1838

Loi du 8 juin 1838 sur les faillites et banqueroutes.

1804

Loi n° 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804.

B – Sources européennes et internationales

Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

Guides législatifs sur le droit de l'insolvabilité adopté en 2004 pour le 1er et 2e et en 2012 pour le 3e.

Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1997.

Règlement (CE) n° 2015/848 du 25 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilités transnationales.

Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

Version consolidée du traité sur l'Union européenne – JOUE 2012/C 326/1 du 26 octobre 2012, p. 13.

Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – JOUE 2012/C 326/1 du 26 octobre 2012, p. 47.

XII - Sites internet

http://www.economie.gouv.fr/mediateurcredit site consulté le 25 août 2016.

http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Francogallica/aquilia_fran.html consulté le 21 août 2016.

http://www.grassavoye.fr/fichiers/site_corporate/mediatheque/documents/Notedeconjoncture2016.pdf site consulté le 10 aout 2016.

http://www.cae-eco.fr/Les-enjeux-economiques-du-droit-des-faillites.html site consulté le 30 juillet 2016.

https://www.courdecassation.fr/IMG/File/Texte_M_%20Ancel_manque_base_lgale_031209.pdf site consulté le 28 juillet 2016.

http://www.responsabilite-civile-dirigeant.fr/rcms-axa.php consulté le 26 juillet 2016.

https://www.aigassurance.fr/content/dam/aig/emea/france/documents/brochure/rcp-banques-fiche-produit-brochure.pdf consulté le 26 juillet 2016.

http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56629t consulté le 21 janvier 2016.

http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56629t consulté le 21 janvier 2016.

http://bfmbusiness.bfmtv.com/emploi/reproche-t-on-a-charles-doux-321146.html consulté le 21 novembre 2015.

http://bfmbusiness.bfmtv.com/emploi/doux-stephane-foll-ne-veut-pas-laisser-empirer-situation-332690.html consulté le 21 novembre 2015.

http://bfmbusiness.bfmtv.com/emploi/xavier-beulin-faillite-doux-est-un-gachis-333902.html consulté le 21 novembre 2015.

http://www.economie.gouv.fr/mediateurducredit/mission-mediateur; consulté le 16 juin 2015.

https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_louis_bore.pdf site consulté le 15 juin 2016.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

-A-

Action dans l'intérêt de l'entreprise : **169, 171, 174, 204, 413**.
- ***C**ause d'exonération de responsabilité* : **228 et s**.

Action d'un associé en défense de l'intérêt collectif des consommateurs : **55, 66**.

Action en responsabilité pour faute particulièrement anormale : **390 et s**.
- ***T**iers* : **390 et s**.
- *V., dirigeant de droit*.
- *V., dirigeant de fait*.

Action en responsabilité pour cessation des paiements : **29, 61, 74, 77, 111, 326, 357, 379, 437, 439, 452, 454, 456 et s., 460, 464, 471 et s**.
- ***A**ction attitrée* : **456**.
- ***C**ompétence juridictionnelle* : **453**.
- ***D**ate de naissance de la créance de réparation* : **111 et s**.
- ***D**éfendeurs* : **457**.
- ***E**xécution provisoire* : **455**.
- ***F**inalités du redressement judiciaire (et)* : **29 et s., 50**.
- ***I**ntérêts réel et virtuel appliqués à* : **357**.
- ***P**rescription* : **453**.
- ***R**egain de responsabilité* : **154**.
- *V., cessation des paiements*.
- *V., conversion du redressement en liquidation judiciaire*.
- *V., faute aggravée de gestion*.
- *V., lien de causalité.*
- *V., mesure conservatoire utile*.

Action en responsabilité pour insuffisance d'actif : **13, 17 et s., 30, 34 et s., 40, 61, 63 et s., 69, 71, 73, 76 et s., 79 et s., 111 et s., 115, 120, 134, 143, 145, 149, 154 et s., 158, 164, 168, 171, 173, 178, 196, 204, 227 et s., 234 et s., 238, 260, 293, 297, 299 et s., 312, 314, 316, 319, 323, 327 et s., 333, 355, 359, 365 et s., 369 et s., 379, 393, 395, 398, 404, 409, 412, 414, 419, 422, 427 et s., 437 et s., 439 et s., 453, 455, 457, 459, 466, 471 et s., 475, 477, 479, 481**.
- ***A**cte préparatoire* : **69**.
- ***A**ction attitrée* : **446**.
- ***C**ompétence juridictionnelle* : **440 et s**.
- ***D**ate de naissance de la créance de réparation* : **111**.
- ***D**éfendeurs* : **449**.
- ***F**inancement du préjudice* : **63 et s**.
- ***F**onction* : **310 et s**.
- ***I**ntérêts réel et virtuel appliqués à* : **355**.
- ***P**rescription* : **444**.
- ***R**ecours* : **443**.
- ***R**éparation (généralités)* : **64 et s**.
- ***T**ransaction* : **445**.
- ***T**ribunaux de commerce spécialisés* : **441**.

- *V., conversion du redressement en liquidation judiciaire*.
- *V., faute aggravée de gestion*.
- *V., insuffisance d'actif*.
- *V., intérêt collectif*.
- *V., intérêt général*.
- *V., lien de causalité*.
- *V., mesure conservatoire utile*.
- *V., ministère public*.

Action en responsabilité pour insuffisance d'actif de la filiale : **71, 76, 113, 298 et s., 426 et s., 457 et s., 471 et s., 479**.
- *Action attitrée* : **460**.
- *Compétence juridictionnelle* : **458**.
- *Date de naissance de la créance de réparation* : **113**.
- *Défendeurs* : **460**.
- *Filiale* : **71, 113, 457**.
- *Nouvelle rédaction* : **299**.
- *Prescription* : **459**.
- *Réparation* : **71 et s., 113 et s., 120, 298 et s., 318, 426 et s., 458, 460, 473, 475**.
- *Transaction* : **459**.
- **V**., *faute caractérisée*.
- **V**., *insuffisance d'actif*.
- **V**., *lien de causalité*.

Administrateur judiciaire : **50 et s., 58 et s., 95, 112, 148, 195, 208, 211, 216, 305, 326, 456, 467**.
- *Devoir de prudence et de diligence* : **50**.
- *Missions* : **50**.
- *Mission d'assistance* : **51 et s., 95 et s., 148, 188, 215**.
- *Mission de représentation* : **52 et s., 95 et s**.
- *Obligation d'information* : **52**.
- *Obligation de moyens* : **49 et s., 215**.
- *Obligation de moyens renforcée* : **52**.
- *Responsabilité* : **50 et s**.

Amateurisme : **228**.

Assurabilité des fautes : **461 et s**.

Autonomisation des intérêts : **347**.

Avocat
- **R**esponsabilité : **45 et s**.

-B-

Bail commercial : **110, 209 et s., 240**.
- *Régime spécifique* : **209**.
- *V., conciliation des intérêts*.

Balance des intérêts : **352 et s., 418**.

Banqueroute : **10, 119, 178, 283 et s., 290, 297 et s., 365 et s., 441**.

Bien fongible : **212 et s., 237**.
- *Revendication* : **212 et s., 237**.

-C-

Causes de non-exonération :
- *Assistanat dans la gestion* : **227**.
- *Manque de perspective* : **227**.

Cessation des paiements : **26, 28 et s., 32 et s., 35, 40 et s., 61, 74, 77, 82 et s., 86, 111 et s., 124, 141 et s., 154, 156 et s., 189, 191, 193 et s., 205, 222, 225 et s., 239, 257, 262, 283 et s., 286, 290, 292, 297, 302 et s., 313, 319, 326 et s., 355, 357, 360, 379, 382, 401, 410 et s., 442 et s., 428 et s., 437 et s., 454 et s., 460, 463 et s., 471 et s., 475, 477, 482 et s**.
- *Contentieux* : **196 et s**.
- *Définition* : **29, 112, 189, 197, 200, 410, 412**.
- *Préjudice non-réparable* : **412**.
- *Trouble* : **415**.
- *V., Préjudice économique pur*.

Cessio Bonorum : **9, 11, 278, 281**.

Comblement de passif : **287 et s., 404, 441**.
- *Implication* : **287**.
- *Présomption* : **287, 290 et s**.
- *V., faute aggravée de gestion*.

Commissaire au redressement productif :
- *Audition dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif* : **73**.
- *Nomination par le préfet* : **73**.

Commissaire aux apports :
- *Responsabilité* : **41**.

Commissaire aux comptes : **235**.
- *Devoir d'alerte* : **38 et s**.
- *Missions* : **39**.
- *Responsabilité* : **41**.
- *Secret professionnel* : **40**.

Conciliation des intérêts : **210, 215**.

Conciliation entre la responsabilité civile et la procédure collective : **19**.

Contrôleurs : **57 et s., 67, 76, 79, 149 et s., 179, 225, 333, 343, 407, 409, 460 et s., 483**.
- *Action en responsabilité pour insuffisance d'actif* : **449**.
- *Désignation* : **59**.
- *Droit à l'information* : **59**.
- *Inaction* : **63**.
- *Missions* : **58 et s**.
- *Pouvoirs* : **60**.
- *Question prioritaire de constitutionnalité* : **57**.
- *Responsabilité* : **62**.
- *Rôle d'assistance* : **59**.
- *Rôle supplétif de défense de l'intérêt collectif* : **60 et s**.

Conversion du redressement en liquidation judiciaire : **77, 112, 439, 453, 458, 482, 484**.

Conversion forcée des créances : **81, 153, 263 et s., 357**.
- ***I**ntérêt de la société* : **336 et s**.
- ***I**ntérêt des associés* : **265, 337**.
- ***I**ntérêts réel et virtuels appliqués à* : **357**.
- ***P**oursuite de l'intérêt général* : **264, 351**.
- ***R**isque (fondement)* : **358, 361**.

Créance de réparation contractuelle : **84, 106, 148, 177, 467**.
- ***C**ompensation* : **109**.
- ***N**aissance* :
  - ***D**roit commun* : **106 et s**.
  - ***D**roit des procédures collectives* : **109 et s**.

Créance de réparation extracontractuelle : **108, 148, 175, 177, 180, 476**.
- ***N**aissance* :
  - ***D**roit commun* : **106**.
  - ***D**roit des procédures collectives* : **110 et s**.
- ***P**ostérieure au jugement d'ouverture* : **114 et s**.
- ***R**éparation effective* : **118**.
- ***V**., action en responsabilité pour insuffisance d'actif*.
- ***V**., action en responsabilité pour cessation des paiements*.

Créancier antérieur : **31, 37, 107 et s., 111 et s., 118, 143, 175, 212, 294**.

Créancier postérieur : **108, 112, 114, 118, 143**.

Crise de la responsabilité civile : **307**.

Crise économique et financière : **223, 258 et s., 263, 303**.

***C**ulpa* : **277**.

Cumul d'action : **18, 302, 365 et s., 426, 444, 459**.

-D-

***D**amnum* : **277, 402**.

Dessaisissement du débiteur : **115, 120, 143, 150, 174, 467, 480 et s**.
- ***A**ction en responsabilité soumise au* : **98 et s**.
- ***P**réjudice corporel* : **102 et s., 117, 311, 480**.
- ***P**réjudice extrapatrimonial* : **101 et s**.
- ***V**., droits propres*.
- ***V**., reconstitution du gage commun des créanciers*.

Dirigeant de droit : **29, 111, 135, 154, 257, 297, 302, 355, 357, 419, 423, 429, 437, 441, 444, 448, 455, 457, 463, 467, 473, 483**.
- ***D**éfinition* : **393**.
- ***E**t action en responsabilité pour faute particulièrement anormale* : **393 et s**.

Dirigeant de fait : **29, 40, 111, 134, 154, 235, 257, 297, 302, 355, 357, 393 et s., 419, 423, 426 et s., 429, 437, 441, 444, 448 et s., 455, 457, 463, 467, 473, 483**.
- ***A**ssurance* : **467**.
- ***D**éfinition* : **393**.
- ***E**t action en responsabilité pour faute particulièrement anormale* : **393 et s**.

Discipline collective : **6, 21, 37, 81, 214, 335, 356, 404, 408, 436, 455**.

Distinction entre dommage et préjudice : **401 et s., 438**.

Dommage :
- *V., cessation des paiements*.
- *V., insuffisance d'actif*.
Dommage antérieur :
- *Application du droit commun de la responsabilité civile* : **82 et s**.
- *Concurrence déloyale* : **85 et s**.
- *Rupture de la relation commerciale établie* : **83 et s**.
- *V., rupture de concours bancaire*.
Dommage issu de l'ouverture d'une procédure collective : **87 et s., 108, 239, 415**.

Droit au crédit : **216 et s., 237, 239, 433, 480**.
- *Confiance* : **183, 190 et s., 205, 207, 218 et s., 223, 225, 239, 356, 480**.
- *Consécration* : **220 et s**.
- *Conseil arbitral du crédit* : **224** :
- *Délibération de la HALDE* : **221, 237**.
- *Droit fondamentaux* : **220**.
- *Limites au refus de crédit* : **219**.
- *Médiateur du crédit* : **223**.
- *Préjudice de l'emprunteur* : **222**.
- *Refus de crédit (principe)* : **217**.
Droits propres : **96, 99, 481**.
- *Action contre l'état* : **48**.
- *Assouplissement de la règle du dessaisissement* : **103 et s**.

-E-

Efficacité du droit des procédures collectives : **19, 23, 46, 62, 70, 74, 79 et s., 81, 150, 203, 207, 211 et s., 216 et s., 221, 238 et s., 306, 312, 457**.
- *Action en responsabilité pour insuffisance d'actif participe à* : **211, 312**.
- *Défense de l'* : **70, 211, 221, 312**.
- *V., efficacité juridique du droit des procédures collectives*.
Efficacité juridique du droit des procédures collectives : **19, 113, 257, 259, 265 et s., 282 et s., 303, 305 et s., 312, 315, 318, 320, 325 et s., 329 et s., 336, 338 et s., 346 et s., 351 et s., 354 et s., 360 et s., 364, 366, 382, 412, 417 et s., 422, 433, 436, 438 et s., 442 et s., 456, 475 et s., 484**.
- *Définition* : **242**.
EIRL : **138 et s., 149, 481**.
- *Action en extension* : **144 et s**.
- *Action en responsabilité pour insuffisance d'actif* : **145 et s**.
- *Affectation patrimoniale* : **139 et s., 210, 450 et s., 483**.
- *Conditions* : **139 et s**.
- *Défendeur à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif* : **451**.
- *Responsabilité praeter patrimoniale* : **149, 481**.
- *V., faute particulièrement anormale*.
Épigenèse de la responsabilité : **477**.

Équilibre des intérêts : **208 et s., 339, 346, 351 et s., 361 et s., 404, 419, 422, 436**.
- *V., balance des intérêts.*
- *V., intérêt réel*.
- *V., intérêt virtuel*.
- *V., théorie de l'équilibre de l'intérêt*.

Expert-comptable : **325, 345**.
- ***R**esponsabilité* : **43**.

-F-

Faillite personnelle : **12, 119, 178, 290, 445**.
- *Non exécution de la condamnation relative à la contribution de l'insuffisance d'actif* : **69, 324 et s., 328, 444**.
Fait générateur de la créance : **107, 467**.

Fait justificatif :
- ***C**onsentement de la victime* : **231**.
- ***D**roit de la concurrence* : **233**.
- ***É**tat de nécessité* : **230, 238**.
- ***F**ait justificatif de groupe* : **232**.
- ***F**ait justificatif tiré de la procédure collective* : **235**.
- ***L**égitime défense* : **231**.
- ***O**rdre ou permission de la loi* : **230**.
- ***R**éforme de la responsabilité civile* : **231**.
- ***R**ejet des clauses limitatives de responsabilité* : **233**.
- ***R**ejet des faits justificatifs comme moyen de défense* : **234**.
Faute :
- ***É**lément matériel des actions en responsabilité de la procédure collective* : **363 et s**.
Faute aggravée de gestion : **203, 377 et s., 382 et s., 399 et s., 405, 407, 424 et s., 427 et s., 437, 439, 451, 463, 465, 468, 473, 475, 481 et s**.
- *Aggravation* : **165, 191, 366, 379 et s., 383, 386 et s., 398, 413, 475, 481**.
- *Agrégation* : **158 et s., 234, 383**.
- *Assurance* : **463 et s**.
- ***D**éfinition* : **203, 293, 378 et s**.
- ***É**tendue* : **293**.
- ***E**rreur et* : **380 et s**.
- ***F**aute caractérisée au sens de* : **298, 369 et s**.
- ***F**aute extrinsèque à l'activité* : **160 et s**.
- ***F**aute intrinsèque à l'activité* : **158 et s**.
- ***F**aute mixte* : **162 et s**.
- ***F**aute nécessaire* : **317**.
- ***F**onction* : **379**.
- ***I**mprudence et* : **385 et s**.
- *V., lien de causalité*.
Faute caractérisée : **71, 113, 173, 203, 297 et s., 318, 369 et s., 426 et s., 438, 471**.
- *Assurance* : **471**.
- ***D**roit civil* : **371 et s**.
- ***D**roit médical* : **373 et s**.
- ***D**roit pénal* : **376 et s**.
Faute de gestion :
- *V., faute aggravée de gestion*.
Faute du dirigeant qui a contribué à la cessation des paiements : **77, 111, 154, 257, 302 et s., 319, 357, 410, 412, 418, 423, 426, 428 et s., 482**.
- *V., faute aggravée de gestion*.

Faute du dirigeant qui a contribué à l'insuffisance d'actif : **113, 145, 148, 150, 156 et s., 164 et s., 200, 226, 297 et s., 300, 355, 419, 425, 427, 475, 479**.
- *V., faute aggravée de gestion*.
Faute grave : **176, 205, 283 et s., 288, 290, 297 et s., 301, 367 et s., 369 et s., 379, 397, 437**.

Faute lourde : **47, 62, 103 et s., 134, 147, 149, 234, 284 et s., 293, 298, 309, 367 et s., 371 et s., 378, 381, 397 et s., 437**.
- *V., faute particulièrement anormale*.
Faute particulièrement anormale : **399, 403, 408, 437, 463, 473, 475**.
- *Anormalité* : **399 et s**.
- *Assurance* : **468 et s**.
- *Conception subjective* : **398 et s**.
- *Déclin de la responsabilité* : **388, 395, 437**.
- *Écran social* : **394**.
- *EIRL et* : **395**.
- *Faute lourde* : **397 et s**.
- *Ordre externe* : **390**.
- *Origine* : **387 et s**.
- *Tiers* :
  - *Associé (non)* : **392**.
  - *Commissaire aux comptes* : **391**.
  - *Créancier* : **391**.
  - *Obligataire* : **391**.
  - *Salarié* : **391**.
- *V., action en responsabilité pour faute particulièrement anormale*.
Faute séparable des fonctions : **36, 387 et s., 469 et s**.
- *V., faute particulièrement anormale*.
Fichier bancaire des entreprises : **150**.

Finalité économique de la procédure collective : **13, 32, 79, 153, 275, 306**.

Finalité des procédures collectives : **19, 24, 36, 46, 55, 62, 70, 77, 80, 149, 211, 213, 215, 237, 306, 346, 361, 436, 478, 483**.
- *Abrogation de l'extension à titre de sanction* : **32**.
- *Abrogation de l'obligation aux dettes sociales* : **33**.
- *Abrogation du redressement et de la liquidation judiciaire à titre personnel* : **33**.
Finalité juridique des procédures collectives : **24 et s., 35, 79**.
- *Procédures préventives* : **25 et s**.
- *Procédures de traitement* : **29 et s**.
Fonction de la responsabilité civile :
- *Défense de l'efficacité juridique* : **65, 68, 70, 211, 221, 312, 315**.
- *Inefficacité de (dans la cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif)* : **80, 238, 379, 479**.
- *Normative* : **70, 310, 315 et s., 359**.
- *Réparatrice ou indemnitaire* : **64, 70, 80, 150, 165, 238, 310 et s., 314 et s., 320, 329, 353 et s., 359 et s., 365, 379, 383, 462, 475, 479**.
- *V., fonction protectrice*.
- *V., système de réparation-punitive*.

Fonction protectrice de la responsabilité civile : **120, 166, 234, 258, 320, 326 et s., 331, 339, 352, 354, 360, 362, 366 et s., 379, 382, 405, 433, 477 et s., 479 et s**.
- ***E**t intérêt* :
- ***C**onception créatrice de* : **350**.
- ***L**ésion des intérêts* : **407, 437, 465**.
- ***V**., équilibre des intérêts*.
- ***V**., hiérarchie des intérêts*.
- ***V**., politique juridique de la procédure collective*.
- ***P**rotection de l'efficacité juridique* : **326, 352, 354, 382, 477 et s**.

Force obligatoire du contrat : **208, 338**.
- ***V**., Poursuite des contrats en cours*.

Fraude : **9 et s., 36, 47, 59, 119, 125 et s., 142, 144 et s., 169, 173 et s., 187, 204, 277, 279, 284, 296, 429, 481**.
- ***C**ause d'engagement de la responsabilité du créancier souteneur* : **133 et s**.
- ***V**., reprise des poursuites individuelles*.

-G-

Groupe européen du droit de la responsabilité civile : **15**.

-H-

Hiérarchie des intérêts : **347, 360**.
- ***A**ffirmation jurisprudentielle* : **349**.
- ***I**nfluence de l'ouverture de la procédure* : **348**.
- ***I**ntérêt de la procédure (primauté de)* : **347**.
- ***I**ntérêts dans la procédure* : **333, 347, 349, 353**.

Holisme : **6, 241, 275, 282, 309, 326 et s., 354, 410, 439, 476**.
- ***A**ction holiste* : **327**.
- ***A**nalogie avec la procédure collective* : **274**.
- ***D**éfinition* : **273**.
- ***H**olisme de la procédure collective* : **306**.
- ***H**olisme juridique* : **274 et s., 306**.

Huissier de justice :
- ***R**esponsabilité* : **44**.

-I-

Individualisme de la responsabilité civile : **18, 267 et s, 275, 306, 326 et s**.
- ***É**volution des techniques* : **268**.
- ***R**esponsabilité du fait d'autrui* : **272**.
- ***R**esponsabilité du fait des choses* : **269**.

Insuffisance d'actif :
- ***D**éfinition* : **413**.
- ***D**ualisme* : **414**.
- ***P**réjudice non-réparable* : **415**.
- ***T**rouble* : **415**.
- *V., préjudice économique pur*.

Intérêt collectif des créanciers : **6, 53, 56 et s., 60 et s., 65 et s., 70, 76, 79, 96, 99 et s., 103, 144, 148 et s., 168, 172, 177, 204, 329, 332 et s., 339, 342, 345, 361, 409, 439, 447, 449, 458**.
- ***D**éfense de* : **56, 60, 62, 66, 70, 333**.
- ***D**éfinition* : **333 et s**.
- ***I**ntérêt général (diffère de)* : **335**.
- ***I**ntérêt immanent* : **334 et s**.
- ***I**ntérêt individuel (diffère de)* : **334**.
- ***I**ntérêt transcendant* : **334 et s**.
- *V., politique juridique de la procédure collective*.
- *V., Reconstitution du gage commun*.

Intérêt de l'entreprise (ou de la société) : **56, 92, 133, 169, 171 et s., 174, 204, 208, 215, 225 et s., 227 et s., 253, 256, 258, 261, 332 et s., 336 et s., 342, 349, 360, 399, 413, 427, 469, 482, 484**.
- ***I**ntérêt immanent* : **337**.
- ***I**ntérêt transcendant* : **337**.
- *V., conversion forcée des créances*.

Intérêt général : **23, 29, 52, 56, 67, 74 et s., 92, 138, 205, 212, 220, 252, 254, 264 et s., 301, 327, 335 et s., 348, 351 et s., 357, 360, 366 et s., 447, 454, 460, 476, 479 et s**.
- ***D**éfense de* : **71 et s., 74 et s., 92, 457, 482**.
- ***I**ntérêt économique* : **76, 242, 339**.

Intérêt individuel (ou personnel) : **43, 55, 62, 79, 239, 335, 346, 355 et s., 380, 403, 407, 447**.

Intérêt public de la procédure collective :
- ***I**ntérêt collectif (diffère de)* : **340**.
- ***M**aintien de l'activité* : **30, 223, 253 et s., 329, 340 et s**.
- ***O**rdre public (diffère de)* : **340**.
- ***P**rimauté* : **341**.

Intérêt réel : **354 et s., 360 et s., 366 et s., 404 et s., 407, 418 et s., 436, 438, 480**.
- ***D**éfinition* : **354**.

Intérêt virtuel : **354 et s., 361 et s., 380, 404 et s., 407, 418 et s., 436, 438, 480**.
- ***D**éfinition* : **354**.

Intérêts en présence : **23, 80, 210, 237, 329, 332, 339 et s., 353, 360, 362, 459**.
- ***I**ncommensurabilité* : **353**.
- *V., balance des intérêts*.
- *V., juge-commissaire*.

-J-

Juge-commissaire : 48, 57 et s., 119, 208 et s., 211, 260, 447, 454, 483.
- ***É**quilibre des intérêts en présence* : 46, 237, 339 et s.
- ***M**ission* : 46.
- ***O**bligation de surseoir à statuer* : 46.
- *V., responsabilité du juge-commissaire*.

-L-

Lien de causalité : **39 et s., 44, 52, 82, 89 et s., 124, 129, 131 et s., 136, 156, 165, 205, 222, 271, 293, 297, 300, 312, 401, 406, 437 et s., 448, 451, 459, 475, 477**.
- ***C**ontribution* :
- ***A**pplication de la théorie de l'équivalence des conditions* : **424**.
- ***C**ausalité et qualification de la faute aggravée de gestion* : **428**.
- ***C**umul entre les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif* : **426**.
- ***D**éfinition* : **423**.
- ***L**imites à l'application de la théorie de l'équivalence des conditions* : **425**.
- ***G**énéralités* : **420 et s**.
- ***L**e fait des concours* :
- ***A**pplication de la théorie de l'équivalence des conditions* : **430**.
- ***C**oncours fautifs* : **432**.
- ***I**rresponsabilité du fait des choses* : **433 et s**.
- ***V**., rupture du concours bancaire*.

Lien global : **282**.

Lien incident : **282**.

Liquidateur judiciaire : **72**.
- ***C**arence* : **60 et s., 344, 448**.
- ***D**éfense de l'intérêt collectif des créanciers* : **56, 148, 160, 194, 287, 431, 447**.
- ***D**evoir de prudence et de diligence* : **54**.
- ***O**bligations de moyens renforcée* : **54**.
- ***O**bligation de résultat (non)* : **53**.
- ***R**eprésentation du débiteur* : **98 et s., 129**.
- ***R**esponsabilité* : **53 et s., 211, 215**.
- ***V**., action en responsabilité pour insuffisance d'actif*.
- ***V**., contrôleur*.

Liquidation judiciaire :
- ***F**onction de financement* : **63, 65, 79**.
- ***V**., action en responsabilité pour insuffisance d'actif*.
- ***V**., action en responsabilité pour insuffisance d'actif de la filiale*.

-M-

Mandataire *ad hoc* : **26, 99, 142, 172, 227**.

Mandataire de justice : **61, 79, 116, 208, 212, 237, 240, 273**.
- ***C**ollaborateur du service public de la justice* : **48**.
- ***R**esponsabilité délictuelle* : **49**.

Mandataire judiciaire : **29, 57 et s., 63, 69, 84, 111 et s., 145, 154, 257, 302, 304 et s., 326, 357, 423, 448, 454, 456, 482**.
- ***V**., action en responsabilité pour cessation des paiements*.

Mesure conservatoire : **29 et s., 35, 70, 74, 77, 111, 147, 154 et s., 170, 224, 257, 302 et s., 316, 319, 328, 330, 357, 418 et s., 423, 429, 443, 453 et s., 472, 483**.

Ministère public : **62 et s., 71, 80, 88, 90, 113, 145, 170, 191, 252, 265, 298 et s., 323, 326 et s., 336, 409, 482 et s**.
- ***É**volution de l'intervention* : **75**.
- ***R**eprésentant de l'intérêt général* : **75**.
- ***V**., action en responsabilité pour insuffisance d'actif*.
- ***V**., action en responsabilité pour insuffisance d'actif de la filiale*.
***M**issi in possessionem* : **9**.

-N-

Notaire : **235**.
- ***R**esponsabilité* : **42 et s., 99**.

-O-

Obligation de moyens / de moyens renforcée : **146, 226**.
- ***V**., administrateur judiciaire*.
- ***V**., liquidateur judiciaire*.
Obligation de résultat : **50**.
- ***V**., administrateur judiciaire*.
- ***V**., liquidateur judiciaire*.
Ordre public des procédures collectives : **21, 105, 340, 342**.

Ordre public économique : **77, 80**.

-P-

Paradigme : **308 et s., 321, 325, 381 et s**.

Politique économique : **19, 221, 241 et s., 250, 257, 262 et s., 282, 301, 303, 305 et s., 326 et s., 331, 336, 347, 352, 358 et s., 360 et s., 367, 391, 417 et s., 478, 480**.
- ***C**onjoncturelle* : **11, 246**.
- ***D**éfinition* : **245**.
- ***O**bjectifs* : **246**.
- ***O**ffre et demande* : **243 et s**.
- ***S**tructurelle* : **11, 246 et s**.
Politique juridique de la procédure collective : **37 et s., 41, 45, 54 et s., 58, 60, 63, 68 et s., 72, 77, 105, 207 et s., 214, 221, 226 et s., 247, 257, 266 et s., 281 et s., 336, 339, 342, 354, 356 et s., 360 et s., 382, 399, 408, 419, 428, 426, 439, 443, 445, 475 et s., 480, 482**.
- ***A**pproche systémique* : **309 et s**.
- ***D**éfinition* : **24, 79 et s., 147 et s., 234, 237 et s., 305 et s., 326 et s., 331, 363**.
- ***É**quilibre de* : **216, 238**.
- ***F**ondement* : **346 et s., 351, 363, 401, 403, 438**.
- ***L**égislation actuelle* : **34 et s., 258 et s., 265**.

Poursuite des contrats en cours : **191, 207 et s., 473, 482**.
- ***C**ontrats concernés* : **209**.
- ***V**., bail commercial*.
- ***V**., force obligatoire des contrats*.

Préfet : **71 et s., 77, 80, 91, 327, 336, 457, 460, 482**.

Préjudice :
- ***C**aractères communs* : **405**.
- ***C**aractères spécifiques liés à la procédure collective* : **409**.
- ***P**réjudice subi par répercussion* : **407**.
- ***N**on-réparation du préjudice de la filiale* : **299**.
- ***V**., cessation des paiements*.
- ***V**., distinction entre dommage et préjudice*.
- ***V**., insuffisance d'actif*.
- ***V**., préjudice économique pur*.

Préjudice économique pur : **438, 479**.
- ***D**éfinition* : **416**.
- ***É**valuation* : **418**.
- ***R**éparation* : **417**.

Principe de proportionnalité : **68, 120, 130, 164, 257, 352, 424 et s., 438, 448**.

Procédure collective comme outil de politique économique : **19, 247, 252 et s., 259, 262 et s., 301, 303, 305, 352, 358, 361, 391, 417, 480**.

-R-

Reconstitution du gage commun : **56, 65, 98 et s., 104, 137, 148, 150, 191, 234, 333, 343, 414, 468, 481, 484**.

Redressement et liquidation judiciaire à titre personnel : **33, 97**.

Règlement n° 1346/2000 : **16**.

Règlement n° 2015/848 : **16**.

Réparation intégrale : **68, 120, 286, 311 et s., 317, 359, 409, 416, 418, 425**.

Réparation mesurée : **66, 314**.

Réparation pure et simple : **328 et s., 360**.

Rupture du concours bancaire :
- ***C**omportement gravement répréhensible* : **188, 190 et s., 482**.
- ***L**ien de causalité* :
  - ***C**ritère chronologique* : **194**.
  - **E**t faute de la banque : **192**.
  - **E**t ouverture d'une procédure collective : **193**.
- ***P**réavis* :
  - ***C**ondition de fond* : **186**.
  - ***C**ondition de forme* : **187**.
- ***P**réjudice* : **195**.
- ***P**ossibilité de rompre le concours* : **185 et s., 195, 205**.
- ***V**., situation irrémédiablement compromise*.

Revendication des biens fongibles :
- *Attitude antérieure du revendiquant* : **216, 237, 482**.
- *Critère de fongibilité* : **213**.
- *Généralité* : **212**.

-S-

Sauvegarde :
- *Accélérée* : **28, 260**.
- *Financière accélérée* : **28**.
- *Répartition des pouvoirs* : **94**.

Situation irrémédiablement compromise : **122 et s., 159, 185, 189 et s., 411, 432**.

Soutien abusif : **148, 150, 171, 183, 185, 204, 296, 336, 350 et s., 35, 429 et s., 433, 435 et s., 439**.
- *Intérêts réel et virtuel appliqués au* : **356**.
- *Solutions antérieures à 2005* :
  - *Crédit ruineux* : **124**.
  - *Lien de causalité* : **124**.
  - *Préjudice* : **124**.
  - *Prescription* : **125**.
  - *Preuve* : **125**.
  - *Réparation* : **124**.
  - *Soutien artificiel* : **123**.
- *Solutions postérieures à 2005*.
  - *Application dans le temps* : **127**.
  - *Concour*s : **131**.
    - *Concours consentis* : **131**.
    - *Concours fautifs* : **132**.
    - *Fait des concours* : **131**.
    - *Moment des concours* : **131**.
  - *Constitutionnalité du principe* : **127**.
  - *Créanciers* : **128**.
  - *Fraude* : **133 et s**.
  - *Garanties disproportionnées* : **135 et s**.
  - *Immixtion caractérisée* : **134 et s**.
  - *Nullité de la garantie* : **136**.
  - *Principe d'irresponsabilité* : **126**.
  - *Réduction de la garantie* : **137**.
  - *V., Lien de causalité*.
  - *Victime* :
    - *Caution* : **129**.
    - *Coemprunteur* : **130**.

Système de restitution-punitive : **326, 359**.
- *Adaptation à la procédure collective* : **322 et s**.
- *Punition* : **26, 64, 316 et s., 321, 323 et s., 329 et s., 366**.
- *Pure-restitution* : **321 et s**.
- *Restitution* : **321 et s**.
- *V., fonction protectrice*.

-T-

Théorie de l'équilibre des intérêts : **361 et s., 480**.
Trouble psychique : **227**.

-V-

Venditio bonorum : **9, 281 et s**.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS ..... **I**

PRINCIPALES ABREVIATIONS ..... **II**

SOMMAIRE ..... **V**

INTRODUCTION GENERALE **1**

I – DEFINITION DE LA RESPONSABILITE CIVILE 2

II – DEFINITION DES PROCEDURES COLLECTIVES 5

III – CONJONCTION DES DEUX MATIERES 7

IV – UNE ETUDE CIRCONSCRITE AU DROIT INTERNE 14

V – PROBLEMATIQUE ET PLAN DE L'ETUDE 18

PARTIE 1 : L'UTILISATION DE LA RESPONSABILITE CIVILE DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES **21**

TITRE 1 : UNE UTILISATION COHERENTE **21**

CHAPITRE 1 : UN OUTIL AU SERVICE DES FINALITES DES PROCEDURES COLLECTIVES **23**

SECTION 1 : UN OUTIL DE LA POLITIQUE JURIDIQUE DE LA PROCEDURE COLLECTIVE 23

Paragraphe 1 : Adéquation entre les effets des procédures collectives et l'utilisation de la responsabilité civile *24*

A : Les finalités juridiques de la procédure collective 24

1 : Les finalités préventives 25

a : Les finalités du mandat *ad hoc* 26

b : Les finalités de la conciliation 26

c : Les finalités de la sauvegarde 27

2 : Les finalités de traitement 29

a : Les finalités du redressement judiciaire 29

b : Les finalités de la liquidation judiciaire 30

3 : Le rétablissement professionnel sans liquidation 31

B : La participation de la responsabilité civile à la recherche des finalités des procédures collectives 31

1 : Par l'abrogation de l'extension à titre de sanction 32

2 : Par l'abrogation du redressement et de la liquidation judiciaire à titre personnel 33

3 : Par l'abrogation de l'obligation aux dettes sociales 33

4 : La philosophie contemporaine 34

5 : La prise en compte des finalités des procédures collectives 36

Paragraphe 2 : Adéquation entre la discipline et la politique juridique de la procédure collective *37*

A : La nécessaire participation des tiers à la recherche de l'efficacité des procédures collectives 38

1 : La responsabilité du commissaire aux comptes 38
2 : La responsabilité du commissaire aux apports 41
3 : La responsabilité du notaire 42
4 : La responsabilité de l'expert-comptable 43
5 : La responsabilité de l'huissier de justice 44
6 : La responsabilité de l'avocat 45
B : La nécessaire participation des acteurs à la recherche des finalités des procédures collectives 46
1 : La responsabilité du juge-commissaire 46
2 : La responsabilité des collaborateurs du service public de la justice 48
a : La responsabilité de l'administrateur judiciaire 50
b : La responsabilité du liquidateur judiciaire 53
SECTION 2 : UN OUTIL DE DEFENSE DE L'EFFICACITE DU DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES 55
Paragraphe 1 : L'efficacité par la défense de l'intérêt collectif 56
A : La place des contrôleurs dans l'efficacité du droit des procédures collectives 57
1 : L'institution de la fonction 57
2 : L'étendue de la fonction 59
B : La participation du financement de l'intérêt collectif à la défense de l'efficacité de la liquidation judiciaire 63
1 : La réparation de l'insuffisance d'actif 64
2 : La réparation mesurée de l'insuffisance d'actif 66
Paragraphe 2 : L'efficacité par la participation à la défense de l'intérêt général 71
A : L'intervention du préfet en droit des procédures collectives par le biais de la responsabilité civile 71
1 : Une intervention directe 71
2 : Une intervention indirecte 73
3 : Une intervention souhaitée 74
B : L'intervention du ministère public en droit des procédures collectives par le biais de la responsabilité civile 74
1 : Un rôle croissant 75
2 : Un rôle global 75
3 : La compétence pour déclencher l'action en responsabilité de la liquidation judiciaire 76
4 : L'incompétence pour déclencher l'action en responsabilité du redressement judiciaire 77
CONCLUSION DU CHAPITRE 79
CHAPITRE 2 : UN OUTIL AU SERVICE DU REGIME DE LA PROCEDURE COLLECTIVE 81
SECTION 1 : L'APPREHENSION SUBJECTIVE DE LA RESPONSABILITE 81
Paragraphe 1 : Le dirigeant victime d'un dommage 82
A : Le dommage antérieur de nature à conduire à l'ouverture d'une procédure collective 82
1 : Le fait du créancier 83
2 : Le fait dommageable de la procédure collective 87
3 : La mise en cause de l'autorité publique 90
a : La prise en compte de l'incidence d'une décision émanant d'une autorité administrative sur la situation financière d'une entreprise 91
b : La responsabilité sans faute de l'État du fait d'une loi 92
B : Le préjudice subi au cours la procédure collective 93

1 : Le demandeur en sauvegarde ou en redressement judiciaire ... 93
a : Le préjudice subi en sauvegarde ... 94
b : Le préjudice subi en redressement judiciaire ... 95
2 : Le demandeur dessaisi en liquidation judiciaire ... 98
a : Les actions soumises au dessaisissement ... 99
b : Les actions échappant au dessaisissement ... 101
Paragraphe 2 : Le dirigeant auteur d'une faute ... 105
A : La date de naissance de la créance de réparation ... 105
1 : La naissance de la créance de réparation en droit commun de la responsabilité civile ... 106
2 : La naissance de la créance de réparation en droit des procédures collectives ... 107
a : La date de naissance de la créance de réparation contractuelle en droit des procédures collectives ... 109
b : La date de naissance de la créance de réparation extracontractuelle en droit des procédures collectives ... 110
B : La réparation effective du préjudice en liquidation judiciaire ... 117
SECTION 2 : L'APPREHENSION MATERIELLE DE LA RESPONSABILITE POUR ATTEINDRE LE PATRIMOINE ... 119
Paragraphe 1 : Une atteinte négative pour les créanciers souteneurs ... 120
A : De la responsabilité protectrice ... 122
B : À l'irresponsabilité déliée ... 126
1 : Le domaine relatif aux personnes ... 128
2 : Le domaine relatif aux concours ... 131
3 : Le domaine relatif aux causes de déchéances de la responsabilité ... 132
a : La fraude ... 133
b : L'immixtion caractérisée ... 134
c : La prise de garanties disproportionnées par rapport au concours consenti ... 135
4 : Le domaine relatif aux effets ... 136
Paragraphe 2 : Une atteinte positive pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ... 138
A : L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée soumis à la procédure collective ... 141
B : Les limites à l'étanchéité patrimoniale ... 144
1 : La limite par l'action en extension ... 144
2 : La limite par l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ... 145
CONCLUSION DU CHAPITRE ... 147
CONCLUSION DU TITRE PREMIER ... 149
TITRE 2 : UNE UTILISATION OPPORTUNISTE ... 151
CHAPITRE 1 : L'USAGE FLUCTUANT DE LA RESPONSABILITE CIVILE ... 151
SECTION 1 : LE REGAIN DE LA RESPONSABILITE CIVILE ... 154
Paragraphe 1 : L'appréhension de la faute de gestion par la Cour de cassation ... 155
A : La qualification de la faute de gestion ... 155
1 : La qualification sans condamnation ... 156
2 : La qualification avec condamnation ... 158

a : L'agrégation interne 158
b : L'agrégation externe 160
c : La possibilité de cumuler les formes d'agrégations 162
B : L'absence de qualification de la faute de gestion 164
1 : L'application du principe de proportionnalité 164
2 : La non caractérisation de la faute de gestion 165
3 : Le contrôle de qualification de la faute de gestion 166
Paragraphe 2 : Les suites de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. 167
A : La réouverture de la procédure de liquidation judiciaire dans l'intérêt collectif 168
1 : Les conditions de la réouverture 169
2 : La réouverture pour exercer une action en responsabilité 171
3 : La reprise pour exercer une action en responsabilité pour insuffisance d'actif 173
B : La reprise des poursuites individuelles 174
1 : Le principe de l'interdiction des poursuites 175
2 : Le droit pour le créancier de recouvrer sa créance 176
3 : Les hypothèses de reprise spéciale 177
4 : Les hypothèses de reprise générale 178
5 : L'hypothèse particulière de la reprise pour fraude 179
SECTION 2 : LE DECLIN DE LA RESPONSABILITE CIVILE 183
Paragraphe 1 : La rupture du concours bancaire aux entreprises en difficulté 184
A : La possibilité de rompre un concours bancaire avec préavis 185
B : Les possibilités de rompre un concours bancaire sans préavis 188
1 : La rupture pour situation irrémédiablement compromise 189
2 : La rupture pour comportement gravement répréhensible 190
C : La nécessaire caractérisation d'un préjudice et d'un lien de causalité pour rechercher la responsabilité de la banque 192
1 : Le lien de causalité 192
2 : Le préjudice 195
Paragraphe 2 : Le contentieux de la cessation des paiements dans l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif 196
A : Le contentieux matériel : l'absence de précision quant à l'actif disponible 197
B : Le contentieux temporel 199
1 : Le manque de précision quant à la date à laquelle se placer pour apprécier la cessation des paiements 200
2 : Le manque de précision quant au jour exact retenu comme celui de la cessation des paiements 201
3 : Le manque de précision pour la date retenue comme étant celle de la cessation des paiements 201
4 : La date de cessation des paiements à prendre en compte : revirement de jurisprudence 202
CONCLUSION DU CHAPITRE 203
CHAPITRE 2 : L'USAGE PRAGMATIQUE DE LA RESPONSABILITE CIVILE 207
SECTION 1 : L'ADAPTATION DE L'ACTION EN RESPONSABILITE CIVILE A LA PROCEDURE COLLECTIVE 207
Paragraphe 1 : L'adaptation par la recherche de solutions équilibrées 207
A : L'équilibre des intérêts dans la poursuite du contrat de bail 208

1 : Le principe de la poursuite des contrats en cours en droit des procédures collectives 208
2 : La particularité du bail commercial 209
3 : La prise en compte de l'équilibre des intérêts par le droit de la responsabilité civile 210
B : L'équilibre des intérêts dans la revendication des biens fongibles 212
1 : La primauté du droit des procédures collectives sur le droit des biens 212
2 : La nécessaire prise en compte de l'attitude antérieure du revendiquant 213
Paragraphe 2 : L'adaptation par le droit au crédit 216
A : Le droit au crédit *de lege lata* 217
1 : Le droit discrétionnaire pour le prêteur de refuser un crédit 217
2 : La terminologie consacrée 219
3 : Les pistes d'ouvertures 220
4 : Le refus de crédit cause d'un préjudice à l'emprunteur 222
B : Le droit au crédit *de lege ferenda* 223
1 : Éléments juridiques pour une construction 224
SECTION 2 : L'ADAPTATION DE LA RECONNAISSANCE DE RESPONSABILITE 225
Paragraphe 1 : Les causes d'exonération invoquées par le dirigeant 226
A : Causes non retenues en jurisprudence 227
B : Le dirigeant vulnérable est partiellement responsable 227
C : Le dirigeant inexpérimenté est partiellement responsable 228
D : Les mesures anticipatives prises par le dirigeant peuvent l'exonérer totalement 228
Paragraphe 2 : Les faits justificatifs invoqués par le dirigeant 230
A : Le droit commun des faits justificatifs 230
B : Une application restreinte au droit des affaires 232
C : L'application théorique des faits justificatifs en droit des procédures collectives 233
CONCLUSION DU CHAPITRE 237
CONCLUSION DU TITRE SECOND 239
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE 240
PARTIE 2 : LA MUTATION DE LA RESPONSABILITE CIVILE PAR LES PROCEDURES COLLECTIVES 241
TITRE 1 : L'EVOLUTION DE LA FINALITE DE LA RESPONSABILITE CIVILE 241
CHAPITRE 1 : LA CONSTRUCTION DE L'EFFICACITE JURIDIQUE DU DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES 241
SECTION 1 : LE FONDEMENT DE L'EFFICACITE JURIDIQUE 242
Paragraphe 1 : La politique économique et les procédures collectives 242
A : La définition de la politique économique 242
1 : La modélisation de la politique économique 243
2 : La politique économique 245
B : L'utilisation de la politique juridique de la procédure collective 247
1 : L'évolution des idées 247
2 : Une affirmation contemporaine 252

Paragraphe 2 : La politique juridique de la procédure collective comme outil de politique économique ... *255*
A : L'exemple de la loi du 12 mars 2012 ... 256
B : Les affirmations contemporaines de l'utilisation de la politique juridique de la procédure collective ... 258
1 : La loi du 2 janvier 2014 ... 258
2 : L'ordonnance du 12 mars 2014 ... 260
3 : La loi du 6 août 2015 ... 264
SECTION 2 : L'OBJET DE L'EFFICACITE JURIDIQUE ... 266
Paragraphe 1 : Le lien entre la responsabilité civile et la politique juridique de la procédure collective ... *266*
A : Deux modèles différents ... 267
1 : L'approche a priori individualiste de la responsabilité civile ... 267
a : Sur le principe de responsabilité du fait des choses ... 269
b : Sur la responsabilité du fait d'autrui ... 272
2 : L'approche holiste du droit des procédures collectives ... 273
B : Deux matières liées l'une à l'autre ... 275
1 : Un lien originel : l'exemple de la faute ... 276
a : Les origines de la faute ... 277
b : Les origines de la faillite ... 280
2 : Un lien immatériel ... 281
Paragraphe 2 : L'utilisation incidente de la responsabilité civile comme outil de la politique économique ... *282*
A : L'évolution du degré de la faute en droit de la faillite ... 283
B : L'évolution de l'étendue de la faute ... 298
1 : La faute caractérisée de la mère qui a contribué à l'insuffisance d'actif de sa filiale ... 298
2 : La prise en compte des fautes du dirigeant en redressement judiciaire ... 302
CONCLUSION DU CHAPITRE ... 305
CHAPITRE 2 : LA CONSTRUCTION DE LA FONCTION PROTECTRICE DE LA RESPONSABILITE CIVILE ... 307
SECTION 1 : LA MISE EN EVIDENCE DE LA FONCTION PROTECTRICE ... 309
Paragraphe 1 : L'influence de la responsabilité civile sur la procédure collective ... *310*
A : La remise en cause de sa fonction indemnitaire ... 310
B : La valorisation de sa fonction normative ... 315
1 : L'aspect rétributif pur de la responsabilité ... 317
2 : L'objectif purement préventif de la responsabilité civile ... 318
Paragraphe 2 : L'influence de la politique juridique de la procédure collective sur la responsabilité civile ... *320*
A : Le système de la restitution-punitive ... 320
1 : La théorie de Richard Dagger ... 321
2 : La théorie de Stephen Schafer ... 324
B : La protection comme finalité des actions en responsabilité de la procédure collective ... 325

1 : L'origine holiste des actions en responsabilité des la procédure collective 326
2 : La nature hybride des actions en responsabilité de la procédure collective 327
SECTION 2 : LE FONDEMENT DE LA FONCTION PROTECTRICE 331
Paragraphe 1 : L'interaction des intérêts source de la politique juridique de la procédure collective 331
A : La pyramide des intérêts de la procédure collective 331
1 – Les intérêts intrinsèques à la procédure collective 333
a : L'intérêt collectif des créanciers 333
b : L'intérêt de la société 336
c : Les intérêts en présence 339
2 : L'intérêt public de la procédure collective 340
B : L'intérêt : fondement de la politique juridique 343
Paragraphe 2 : L'équilibre des intérêts protège l'efficacité juridique 346
A : L'assiette des intérêts affinée 347
B : Une nouvelle approche des intérêts 350
1 : La recherche d'un équilibre par la mise en balance des intérêts correspond à la finalité actualisée de la responsabilité civile par les procédures collectives 353
a : L'équilibre entre les intérêts réels et virtuels 353
α: L'application de ces intérêts à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif 355
β : L'application de ces intérêts pour rechercher la responsabilité du créancier souteneur 356
ɣ : L'application de ces intérêts à l'action en responsabilité pour cessation des paiements 357
δ : L'application de ces intérêts à l'éviction des actionnaires 358
CONCLUSION DU CHAPITRE 359
CONCLUSION DU TITRE PREMIER 361
TITRE 2 : L'EVOLUTION DU REGIME DE LA RESPONSABILITE CIVILE 363
CHAPITRE 1 : L'INCIDENCE SUR LES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE CIVILE 363
SECTION 1 : LES NOUVEAUX CARACTERES DE LA FAUTE EN DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES 363
Paragraphe 1 : L'objectivation de la faute de gestion 367
A : La faute caractérisée en dehors de la procédure collective 371
1 : La faute caractérisée en droit de la responsabilité civile 371
2 : La faute caractérisée en dehors du Code civil 373
a : Une faute connue en droit médical 373
b : Une faute connue en droit pénal 376
B : La faute caractérisée « au sens d'une faute de gestion » : une faute aggravée 377
1 : Erreur et faute aggravée de gestion 380
La maladresse du législateur à propos de l'erreur de gestion se retrouve-t-elle avec l'imprudence ? 385
2 : Imprudence et faute aggravée de gestion 385
Paragraphe 2 : La subjectivation de la faute séparable des fonctions 387
A : Les critères ratione personae 390
1 : Les demandeurs 390
2 : Les défendeurs 393

B : Les critères ratione materiae 396
1 : Le curseur de la faute séparable sur l'échelle de gravité des fautes 397
2 : La subjectivation de la faute séparable 398
SECTION 2 : LES NOUVEAUX CARACTERES DES PREJUDICES ET LIENS CAUSALS DE LA PROCEDURE COLLECTIVE 401
Paragraphe 1 : Les préjudices inhérents à la procédure collective 401
A : La qualification nécessaire de préjudice 401
1 : La nécessaire distinction entre le dommage et le préjudice en droit des procédures collectives 401
2 : Les caractères du préjudice 405
B : Le nouveau régime des préjudices 410
1 : Cessation des paiements et insuffisance d'actif : des préjudices a priori non réparables 410
a : La cessation des paiements 410
b : L'insuffisance d'actif 412
2 : Cessation des paiements et insuffisance d'actif : des préjudices économiques purs 416
Paragraphe 2 : Le lien de causalité des actions en responsabilité du droit des procédures collectives 420
A : Sur la « contribution » 423
1 : La faute « ayant contribué » au préjudice 423
2 : La faute caractérisée de la société mère qui « a contribué » à l'insuffisance d'actif de la filiale 426
3 : La causalité et la typologie des fautes 427
B : Sur le « fait » 429
1 : Recherche de la théorie relative à la causalité applicable 430
2 : Le « fait des concours » : le fait d'une chose ? 433
CONCLUSION DU CHAPITRE 437
CHAPITRE 2 : L'INCIDENCE SUR LE DECLENCHEMENT DE L'ACTION EN RESPONSABILITE CIVILE 439
SECTION 1 : LES ACTIONS EN RESPONSABILITE INTRINSEQUES A LA PROCEDURE COLLECTIVE 439
Paragraphe 1 : Le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif 440
A : Le cadre objectif 440
1 : La compétence matérielle 440
2 : La compétence territoriale 443
3 : La prescription 444
4 : La transaction 445
B : Le cadre subjectif 446
1 : Une action attitrée 446
2 : Les défendeurs à l'action 449
Paragraphe 2 : Le cadre de l'action en responsabilité pour cessation des paiements 452
A : Le cadre objectif 452
1 : Une action applicable au seul redressement judiciaire 453
2 : La compétence du tribunal 453
3 : La prescription 453
4 : Les mesures conservatoires 454

B : Le cadre subjectif 456
1 : Une action attitrée 456
2 : Les défendeurs à l'action 457
Paragraphe 3 : Le cadre de l'action en responsabilité pour l'insuffisance d'actif de la filiale 457
A : Le cadre objectif 457
1 : La liquidation judiciaire de la filiale 457
2 : La compétence du tribunal 458
3 : La prescription 459
4 : La transaction 459
B : Le cadre subjectif 459
1 : Une action attitrée 460
2 : Les défendeurs à l'action 460
SECTION 2 : L'ASSURABILITE DES FAUTES ISSUES DE LA PROCEDURE COLLECTIVE 461
Paragraphe 1 : L'assurabilité de la faute aggravée de gestion 463
A : Le principe de continuation des contrats en cours 464
B : Application du principe au contrat d'assurance 464
C : Le contrat d'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux 465
D : Applicabilité au dirigeant de fait 467
E : l'hypothèse du contrat souscrit postérieurement au jugement d'ouverture 467
Paragraphe 2 : L'assurabilité de la faute particulièrement anormale 468
A : Le défaut d'assurance obligatoire constitue une faute séparable 469
B : Le simple caractère « séparable» implique l'assurabilité 469
C : Le caractère intentionnel de la faute particulièrement anormale diffère de celui entendu par le droit des assurances 470
Paragraphe 3 : L'assurabilité de la faute caractérisée de la société mère 471
CONCLUSION DU CHAPITRE 471
CONCLUSION DU TITRE SECOND 475
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 477
CONCLUSION GENERALE 479
BIBLIOGRAPHIE 485
I - DICTIONNAIRES, REPERTOIRES ET ENCYCLOPEDIES 485
II - OUVRAGES GENERAUX 486
III - OUVRAGES SPECIAUX 489
IV - THESES 491
V - COLLOQUES 493
VI - ARTICLES DE DOCTRINE 493
VII - CONTRIBUTIONS 511
VIII - PHILOSOPHIE ET LITTERATURE 514
IX - JURISPRUDENCE 516

1 – Jurisprudence de droit privé *516*
a – Juridiction du fond 516
b - Cour de cassation 519
α – Assemblée plénière 519
β - Chambre civile 520
γ – Chambre commerciale 524
δ – Chambre criminelle 539
ε – Chambre mixte 540
ς - Chambre réunies 541
ϰ – Chambre sociale 541
2 – Jurisprudence constitutionnelle *541*
3 – Jurisprudence administrative *542*
a – Conseil d'état 542
b - Tribunal des conflits 543
c – Cour administrative d'appel 543
4 – Jurisprudence européenne *544*
5 – Conseil de la concurrence *544*
X - AVANT PROJET – AVIS – COMMUNICATION – COMMUNIQUE DE PRESSE – COMPTE RENDU DE SEANCE – DELIBERATION – DOSSIER DE PRESSE – ÉTUDE – EXPOSE DES MOTIFS – PROPOSITION DE LOI – QUESTION – RAPPORT ET REPONSE MINISTERIELLE – PRINCIPES 544
XI - SOURCES OFFICIELLES 546
A – Sources internes *546*
B – Sources européennes et internationales *549*
XII - SITES INTERNET 550
INDEX ALPHABETIQUE 551
TABLE DES MATIERES 565

Responsabilité civile et procédures collectives

Résumé ***(1500 caractères max.)***

Responsabilité civile et procédures collectives, sont des termes aux effets *a priori* inconciliables. Pourtant, la politique juridique de la procédure collective utilise, de manière à la fois cohérente et opportuniste, la responsabilité civile, qui est alors mise au service de ses finalités et de son régime et dont l'usage se révèle fluctuant et opportuniste. Le résultat ? La mutation de la responsabilité civile. En effet, d'une part l'efficacité juridique du droit des procédures collectives fait évoluer sa fonction. Fondée sur un équilibre des intérêts, elle la protège. D'autre part, elle fait évoluer le régime de la responsabilité civile, que se soit ses conditions de fond ou de forme. Mais pourquoi circonscrire la protection de l'intérêt à la procédure collective ? Ne peut-on pas voir dans cette fonction la direction de l'évolution de la responsabilité civile en droit des affaires ?

Mots clefs français :

Efficacité juridique de la procédure collective, utilisation de la responsabilité civile, fonction protectrice de la responsabilité civile, intérêt, théorie de l'équilibre de l'intérêt, mutation de la responsabilité civile, évolution de la faute, préjudice, liens causals, droit au crédit, politique économique, faute aggravée de gestion

---

Civil liability and collective procedures

Abstract

Civil liability and collective procedures, are terms in the effects a priori irreconcilable. Nevertheless, the legal politics of the collective procedure uses, so as to coherent and opportunist time, the civil liability, which is then put in the service of its purposes and of his regime and the use of which shows itself fluctuating and opportunist. The profit ? The mutation of the civil liability. Indeed, on one hand the legal efficiency of the law of the collective procedures makes its function evolve. Established on a balance of the interests, it protects her. On the other hand, it develops the regime of the civil liability, that is his conditions of bottom or shape. But why to confine the protection of the interest in the collective procedure? Cannot we see in this function, the direction of the evolution of the civil liability in business law?

Keywords :

Legal efficiency of the collective procedure, Use of the civil liability, Protective function of the civil liability, interest, Theory of the balance of the interest, mutation of the civil liability, evolution of the fault, prejudice, causal links, right on the credit, economic policy, fault deteriorated of management

Unité de recherche/Research unit : *Centre de recherches Droits et perspectives du droit Équipe René Demogue, Campus Moulins, 1 place Déliot, CS n° 10 629, 59024 Lille cedex – http://www.crdp@univ-lille2.fr*

Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr,* http://edoctorale74.univ-lille2.fr

Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille,* http://www.univ-lille2.fr