COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS JUDICIAIRES EN COMPTABILITE

(Cour de Cassation et Cours d'Appel)

XX[e] CONGRES NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

L'INTERVENTION DE L'EXPERT JUDICIAIRE EN COMPTABILITÉ EN CAS DE MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE 99 DE LA LOI DU 13 JUILLET 1967

(Cour d'Appel de Nancy)

16 octobre 1981

COMPTE RENDU STENOGRAPHIQUE

COMPTES RENDUS STENOGRAPHIQUES PRECEDEMMENT EDITES PAR LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS JUDICIAIRES EN COMPTABILITE

X° Congrès National : Paris, 25-26 novembre 1971.
Ouvert par M. Touffait, Procureur Général près la Cour de Cassation.
Clôturé par M. Aydalot, Premier Président de la Cour de Cassation.
Rapporteur général M. Garnier, expert agréé par la Cour de Cassation.
L'expert comptable judiciaire et les droits des justiciables

XI° Congrès National : Toulouse, 24 novembre 1972.
Sous la présidence de M. Fonade, Conseiller à la Cour de Cassation.
La notion de bilan inexact.

XII° Congrès National : Angers, 16 novembre 1973.
Sous la présidence de M. Bellet, Président de la 1re Chambre Civile de la Cour de Cassation.
L'évaluation du préjudice de l'individu et de l'entreprise en cas d'accident corporel et de rupture de contrat.

XIII° Congrès National : La Baule, 4 octobre 1974.
Sous la présidence de M. Olivier, Premier Vice-Président au Tribunal de Grande Instance de Paris.
Rapporteur général M. Amédée-Manesme, expert agréé par la Cour de Cassation.
La nouvelle réglementation de l'expertise judiciaire en matière civile.

XIV° Congrès National : Grenoble, 21 novembre 1975.
Sous la présidence de M. Touffait, Procureur Général près la Cour de Cassation.
Rapporteur général M. Fournier, expert agréé par la Cour de Cassation.
Les infractions en matière immobilière.

XV° Congrès National : Nice, 15 octobre 1976.
Sous la présidence de M. Cenac, Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation.
Rapporteur général Mlle Doyen, expert agréé par la Cour de Cassation.
La mission de l'expert judiciaire en cas de poursuites du chef de majoration frauduleuse des apports.

XVI° Congrès National : Reims, 4 novembre 1977.
Sous la présidence de M. Monguilan, Premier Président de la Cour de Cassation.
Rapporteur général M. Clara, expert près la Cour d'Appel de Douai.
Les problèmes posés à l'expert comptable judiciaire devant les irrégularités commises en vue du maintien en activité des entreprises en difficulté.

XVII° Congrès National : Caen, 3 novembre 1978.
Sous la présidence de M. Chavanon, Procureur Général près la Cour de Cassation.
Rapporteur général M. Ducoroy, expert agréé par la Cour de Cassation.
L'expertise judiciaire en matière d'abus du droit de majorité.

XVIII° Congrès National : Versailles, 26 octobre 1979.
Sous la présidence de M. Bellet, Premier Président de la Cour de Cassation.
Rapporteur général M. Thorin, expert agréé par la Cour de Cassation.
L'expert comptable judiciaire face aux problèmes posés par les groupes de sociétés.

XIX° Congrès National : Toulouse, 3 octobre 1980.
Sous la présidence de M. Chabrand, Conseiller à la Cour de Cassation.
Rapporteur général M. Pierre Hème, expert agréé par la Cour de Cassation.
L'expert judiciaire en comptabilité face à certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS JUDICIAIRES EN COMPTABILITE

(Cour de Cassation et Cours d'Appel)

XX[e] CONGRES NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

L'INTERVENTION DE L'EXPERT JUDICIAIRE EN COMPTABILITÉ EN CAS DE MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE 99 DE LA LOI DU 13 JUILLET 1967

(Cour d'Appel de Nancy)

16 octobre 1981

COMPTE RENDU STENOGRAPHIQUE

TABLE DES MATIERES

Ouverture de la journée d'étude

Allocution de M. Estoup,
Premier Président de la Cour d'Appel de Nancy 9

Allocution de Pierre Ducoroy,
Président National de la Compagnie 11

Ouverture du XX[e] Congrès National par M. Roger Vienne,
Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation 13

Rapport d'introduction

Présenté par M. Pierre Feuillet,
Expert agréé par la Cour de Cassation 15

Les conditions d'exercice de l'action en comblement de passif de l'article 99 de la loi du 24 juillet 1967

Rapport présenté par M. André Henrot,
Expert près la Cour d'Appel de Metz 19

L'interprétation doctrinale et jurisprudencielle de l'action en comblement de passif

Rapport présenté par M. André Dana,
Expert près la Cour d'Appel de Paris 29

L'expert judiciaire et l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967

Rapport présenté par M. Claude Salato,
Expert agréé par la Cour de Cassation 37

Préparé avec le concours de M. Jean-Louis Hemmer, Expert judiciaire stagiaire, M. Jean-Louis Bovis, ancien Expert judiciaire stagiaire

Compte rendu des débats sur les trois premiers rapports présentés 45

Rapport de synthèse

Présenté par M. Pierre Feuillet,
Expert agréé par la Cour de Cassation 61

Conclusions tirées par M. Roger Vienne,

Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation 67

Sous la présidence de

Monsieur Roger Vienne

Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation

La journée d'étude sur le thème

L'INTERVENTION DE L'EXPERT JUDICIAIRE EN COMPTABILITE EN CAS DE MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE 99 DE LA LOI DU 13 JUILLET 1967

a été organisée par

Pierre DUCOROY

Président de la Compagnie Nationale des Experts Judiciaires en Comptabilité

et le CONSEIL NATIONAL DE LA COMPAGNIE, ainsi composé pour 1981

Présidents d'Honneur : Honoré MARTIN (Aix-en-Provence)
Gérard AMEDEE-MANESME (Paris)
Socrate BIEUVILLE (Paris)
Paul GRIZIAUX (Amiens, Douai, Reims)
Simone DOYEN (Paris, Versailles)

Président : Pierre DUCOROY (Montpellier, Nîmes)

Vice-Présidents : Madeleine BOUCHON (Paris, Versailles)
Félix THORIN (Paris, Versailles)

Secrétaire Général : Jean CLARA (Amiens, Douai, Reims)

Trésorier Général : Claude DUPARC (Rouen, Caen)

Membres : les Présidents des Sections Autonomes :

F. BOSANO (Aix-en-Provence)
P. LECOINTE (Amiens, Douai, Reims)
O. DERVAUX (Angers)
A. FOURES (Bordeaux)
J.-M. KRIEGER (Colmar)
A. PIQUET (Dijon, Besançon)
G. PASSOT (Lyon, Chambéry, Grenoble)
G. ESTANY (Montpellier, Nîmes)
E. BLIN (Nancy)
P. GIRARD (Orléans, Poitiers)
M. RONFORT (Paris, Versailles)
R. LE BOUGUENEC (Rennes)
J. AUMAITRE (Riom, Bourges, Limoges)
F. WINDSOR (Rouen, Caen)
D. GRADT (Toulouse, Agen, Pau)

Membres cooptés :

A. BIOTEAU (Angers), P. GARCIN (Lyon, Chambéry, Grenoble), G. LORENTZ (Strasbourg), F. NOEL (Amiens, Douai, Reims).

Représentants supplémentaires des sections groupant plus de 20 membres :

J. GUIOU (Aix-en-Provence) ; J. KALPAC (Aix-en-Provence) ; J. CLARA (Amiens, Douai, Reims) ; E. POUILLY (Amiens, Douai, Reims) ; P. MEUNIER (Amiens, Douai, Reims) ; R. DOUGE (Angers) ; R. CABY (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; Cl. COMBE (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; R. BOURDANOVE (Montpellier, Nîmes) ; J.-W REINERT (Nancy, Metz) ; G. MAURICE (Orléans, Poitiers) ; C. BATTEGAY (Paris, Versailles) ; A. DANA (Paris, Versailles) ; J. FOURCADE (Paris, Versailles) ; G. PICAVET (Rennes) ; J. LEGOFF (Riom, Bourges, Limoges) ; J.-M. FERRY (Rouen) ; J. BELOU (Toulouse, Agen, Pau).

et la SECTION AUTONOME DE NANCY-METZ

dont le Bureau est ainsi composé :

Président	:	E. BLIN
Vice-Présidents	:	J. CAVAJANI J.-W REINERT
Secrétaire	:	A. HENROT
Trésorier	:	J.-P. SEPULCHRE
Membres	:	R. BODA J.-M. CLAUDEL

OUVERTURE DE LA JOURNEE D'ETUDE

placée sous la présidence de M. Roger VIENNE

Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation

VENDREDI 16 OCTOBRE 1981

Allocution de M. ESTOUP

Premier Président de la Cour d'Appel de Nancy

Monsieur le Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs,

En tenant son 20e Congrès au siège de notre Cour d'Appel, la Compagnie Nationale des Experts judiciaires en comptabilité a fait un choix auquel nous sommes très sensibles. Il m'est particulièrement agréable qu'une de mes premières obligations soit de vous accueillir puisque je n'ai moi-même été installé dans mes fonctions que la semaine dernière.

Vous êtes réunis dans un palais qui a été au XVIIIe siècle le cadre de vie d'une société brillante et raffinée, c'est l'hôtel de BEAUVAU-CRAON qui était alors l'un des plus beaux ornements de Nancy avant d'abriter — avant 1751 — la Cour Souveraine de Lorraine, mais il a grand besoin d'être restauré comme vous avez pu le constater.

Ainsi que vous le savez, ce congrès est placé sous la présidence effective d'un éminent magistrat, M. le Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation ; je lui souhaite tout particulièrement la bienvenue ainsi qu'aux trois conseillers qui l'accompagnent, MM. Amalvy, Defontaine et Perdriau.

En acceptant de présider cette journée, M. le Président Vienne témoigne de la qualité de vos travaux qui rencontrent un écho sans cesse grandissant dans le monde judiciaire.

Je tiens, d'autre part, à vous assurer, et en premier lieu le président de votre Compagnie, de la satisfaction que nous éprouvons, M. le Procureur général et moi-même, à nous trouver dans cette assemblée qui réunit de remarquables spécialistes de l'expertise comptable.

Le sujet qui vous est proposé cette année est d'une actualité certaine puisqu'il porte sur l'intervention de l'expert judiciaire en comptabilité en cas de mise en œuvre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 appelé « action en comblement de passif ». Cette disposition légale qui permet de faire supporter par les dirigeants sociaux les conséquences de leurs fautes de gestion, de leur imprudence, de leur négligence ou de leur carence, conduit le juge à établir l'existence et l'importance de l'insuffisance d'actif, à déterminer les personnes ayant été, à un titre quelconque, des dirigeants de droit ou de fait, à fixer la part de dette sociale qu'il convient de mettre à la charge d'un ou plusieurs dirigeants avec ou sans solidarité, étant rappelé qu'une présomption de responsabilité pèse sur les personnes reconnues comme étant dirigeantes de la personne morale aux termes du dernier alinéa de l'article 99 qui édicte que « pour dégager leur responsabilité les dirigeants sociaux doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute la diligence nécessaire ».

C'est dans ce cadre que peut, me semble-t-il, se situer l'intervention de l'expert judiciaire en comptabilité qui devra, en général, analyser la comptabilité de plusieurs exercices.

D'ailleurs, vous le savez mieux que moi, malgré l'existence de la présomption résultant de l'article 99, les syndics s'efforcent généralement, pour mieux convaincre la juridiction, de lui apporter la preuve positive de fautes de gestion des dirigeants dont l'importance ne peut être précisée que par expertise.

Différentes affaires qui ont défrayé la chronique ces temps-ci ont fait apparaître qu'il existait en effet des sociétés fonctionnant dans des conditions si complexes ou s'imbriquant les unes dans les autres avec des liens et des rapports si embrouillés que les syndics administratifs et les juridictions ne peuvent avoir une connaissance suffisante des faits ni apprécier l'éventuelle responsabilité des dirigeants sociaux dont le rôle exact doit être défini, sans ordonner une expertise comptable, seul moyen alors de permettre l'application éventuelle des dispositions de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

Mais je ne veux pas retarder davantage l'ouverture de vos travaux qui sont attendus avec un profond intérêt. Bénéficiant des appuis éclairés des hauts magistrats de la Cour de Cassation, vous adopterez des solutions qui influenceront vraisemblablement le droit positif. C'est pourquoi je souhaite, en terminant, que cette journée d'étude soit fructueuse et contribue à nous éclairer sur un sujet qui va certainement susciter de nombreuses interventions.

(*Applaudissements.*)

Allocution de M. Pierre DUCOROY (1)

Président National de la Compagnie

Monsieur le Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, vous avez accepté, non seulement de présider ce Congrès mais d'y participer activement avec trois conseillers de votre haute juridiction, Monsieur le Premier Président, Monsieur le Procureur général, vous avez aidé notre confrère Blin à organiser cette journée de travail. Nous sommes honorés, Messieurs, de la confiance que vous nous avez ainsi témoignée.

Messieurs les magistrats des Cours d'Appel de Nancy et de Metz, Monsieur le Bâtonnier, Monsieur le Président de la Chambre départementale des notaires, Monsieur le Professeur du Pontavice, Messieurs les Présidents de la Fédération Nationale des Compagnies d'experts et de la Compagnie des experts inscrits auprès de la Cour d'Appel de Nancy, Messieurs les Présidents du Conseil Supérieur et du Conseil Régional de l'Ordre des Experts-comptables, Messieurs les Présidents des Compagnies Régionales de Commissaires aux comptes des Cours d'Appel de Nancy et de Metz, Monsieur le Président de l'Institut Français des experts-comptables, mes chers confrères, Mesdames, Messieurs, je vous remercie d'avoir répondu à notre invitation.

J'ajouterai, en confidence, que vous constituez un tel florilège de juristes et de techniciens qu'à vous voir réunis à son initiative notre Compagnie connaît la jouissance coupable, mais délectable, de l'immodestie. Immodestes d'ailleurs dans cette affaire, nous l'avons été dès l'origine, en fait dès le choix du sujet tant il est vrai que l'action en comblement du passif est un thème non seulement difficile, mais délicat. Atteinte portée aux principes fondamentaux du droit des sociétés pour les uns, initiative indispensable à la moralisation du monde des affaires pour d'autres, dès sa promulgation le 16 novembre 1940, le texte qui est géniteur de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 a donné lieu à des interprétations diverses, contradictoires et passionnées.

Je suis personnellement curieux de savoir quelles seront les vôtres, celles que vous ne manquerez pas de nous soumettre lors de la discussion qui suivra les interventions de nos rapporteurs, nos confrères Henrot, Dana et Salato dans l'ordre de leurs interventions, lesquels ont beaucoup travaillé sous la houlette du président Feuillet, notre rapporteur général.

Avant de terminer et de demander à Monsieur le Président Vienne de présider effectivement ce congrès, je voudrais ajouter, pour vous mettre en condition, qu'en 1945, 1946 ou 1947 un dirigeant de société sérieux, scrupuleux et paternaliste — on les faisait ainsi à l'époque — me disait « Voyez-vous, vous, jeunes gens (j'avais droit, alors, à ce qualificatif élogieux !) je ne connais que deux sortes d'entreprises : des entreprises riches avec des des dirigeants pauvres et des entreprises pauvres avec des dirigeants riches ».

Je vous remercie de la courtoise attention que vous m'avez prêtée.

(*Applaudissements.*)

(1) Expert agréé par la Cour de Cassation.

OUVERTURE DU XX[e] CONGRES NATIONAL

par M. Roger VIENNE

Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation

Je vous remercie, Monsieur le Président, des paroles trop élogieuses que vous avez prononcées à notre égard. Vous vous êtes accusé d'immodestie : j'ai l'impression que celle-ci, à votre voisinage, risque d'être contagieuse et que nous craindrions d'être contaminés si nous croyions tous les éloges que vous nous avez décernés.

Mais nous allons maintenant entrer dans le vif du sujet, de ce sujet délicat comme on l'a dit, de l'application de l'article 99 et, sans attendre, puisque notre programme est très chargé, je vais, pour l'introduction des débats, donner la parole au rapporteur général, à savoir Monsieur le Président Feuillet.

(*Applaudissements.*)

Rapport d'introduction sur

L'INTERVENTION DE L'EXPERT JUDICIAIRE EN COMPTABILITE EN CAS DE MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE 99 DE LA LOI DU 13 JUILLET 1967

présenté par

M. Pierre FEUILLET, Expert agréé par la Cour de Cassation

Le sujet retenu pour thème de ce Congrès national, l'action en comblement de passif, ou mieux l'action en comblement d'insuffisance d'actif, semble faire partie d'une série déjà longue de thèmes délicats.

Une conjoncture difficile entraîne une multiplication de dépôts de bilans dont un grand nombre font état d'un déséquilibre important entre l'actif et le passif, l'élément défavorable prenant le pas sur l'élément favorable.

Dès lors, une disposition légale prise quarante ans auparavant dans un domaine restreint mais essentiel, celui des administrateurs de Sociétés Anonymes, et successivement étendue par la suite pour englober l'ensemble des personnes morales ayant un objet économique ou un but lucratif, va connaître une large application dans un contexte économique singulièrement différent.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif sera donc considéré par certains comme particulièrement sévère voire injuste et même dangereuse et par d'autres comme nécessaire voire indispensable à l'assainissement de certains milieux d'affaires ou, au moins au maintien d'une certaine moralité financière.

Mais de quoi s'agit-il exactement ? Et quelles sont les causes de telles réactions opposées ?

Il n'appartient pas au rapporteur général de traiter le sujet mais de le présenter, puis après les exposés qui vont suivre de faire la synthèse du sujet étudié.

L'action en comblement de passif se situe d'abord dans le cadre des procédures collectives qui traduisent une situation économique critique. L'entreprise qui dépose son bilan réalise, par là même, un constat d'échec.

Ses dirigeants ne peuvent plus faire face à leurs engagements et sont contraints de faire appel à autrui pour régler momentanément ou définitivement, selon la gravité des faits, leur situation.

C'est alors que le tribunal, saisi de la procédure collective, soit à la requête du syndic, soit même d'office, pourra décider de faire supporter aux dirigeants tout ou partie des dettes sociales selon les dispositions de l'article 99 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

Certes le règlement judiciaire ou la liquidation de bien devra être préalablement prononcé et devra faire apparaître une insuffisance d'actif, certes la décision du tribunal, même si ces conditions sont réunies, restera facultative. Mais la loi formule alors une présomption de responsabilité des dirigeants sociaux.

Le tribunal n'aura pas à rapporter la preuve d'une faute des dirigeants impliqués mais seulement à constater l'insuffisance d'actif.

De plus, pour dégager leur responsabilité, les dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, devront faire la preuve qu'ils ont apporté aux affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires.

Autant dire que, sauf dans des cas très particuliers, cette preuve ne pourra être rapportée.

Il est dès lors facilement concevable que les milieux d'affaires se soient émus d'une telle situation et aient demandé avec insistance aux pouvoirs publics la modification de ce texte par l'atténuation d'une responsabilité dont la rigueur de la sanction est d'autant plus critiquable qu'elle ne peut être couverte, même partiellement, par aucune assurance.

*
**

Mais est-il concevable que le syndic, à la seule constatation de l'insuffisance d'actif, incite le tribunal à mettre tout ou partie des dettes sociales à la charge des dirigeants sociaux.

Pour justifier leur attitude et pour prévenir une riposte efficace de ces derniers, certains tribunaux ont tenté de rechercher les éléments susceptibles d'interdire à ces mêmes dirigeants de prouver qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaire.

Dans de tels cas, l'application objective d'une présomption de responsabilité aboutit normalement à la recherche des fautes commises par les dirigeants, ne serait-ce que pour permettre de répartir entre eux la contribution aux dettes sociales, ce qui amène à constater que l'exercice judicieux de l'action en comblement de passif peut, paradoxalement, impliquer la recherche préalable des fautes commises par les dirigeants sociaux.

*
**

Le cadre des expertises digilentées dans l'optique de l'application éventuelle de l'article 99 va donc, tout naturellement, se ressentir de cette dualité entre l'application stricte du texte et une conception pratique beaucoup plus large.

L'expert pourra être amené à rechercher si le dirigeant a effectivement apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires.

Sa démarche sera tout autre s'il a pour mission de rechercher si les dirigeants, ou certains d'entre eux, ont commis des fautes ce qui, dans l'affirmative, ne permettra pas à ces mêmes dirigeants de faire tomber la présomption de responsabilité qui pèse sur eux.

*
**

L'action en comblement de passif, en raison de ses caractères spécifiques mérite donc d'être étudiée en tant que telle ; c'est pourquoi nous envisageons de la traiter seule à l'exclusion de l'action en règlement judiciaire ou en liquidation de biens personnels qui peut également frapper les dirigeants sociaux.

Trois rapporteurs vont succesivement traiter :
— Le premier, des conditions d'exercice de l'action.
— Le second, de son interprétation doctrinale et jurisprudentielle.
— Le troisième des problèmes que cette action pose à l'expert judiciaire en comptabilité.

Je vous propose de les suivre dans leurs développements.

(*Applaudissements.*)

M. le Président Vienne. — Merci, M. le Rapporteur général de nous avoir tracé de façon si précise le schéma de nos délibérations et, sans attendre, je donne la parole à M. Henrot qui va traiter des conditions de l'exercice de l'action en comblement de passif.

Rapport sur

LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION EN COMBLEMENT DE PASSIF DE L'ARTICLE 99 DE LA LOI DU 24 JUILLET 1967

présenté par

M. André HENROT, Expert près la Cour d'Appel de Metz

L'article 99 alinéa 1er, de la loi de 1967 dispose 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 » et, l'alinéa 3, ajoute : « 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 ».

HISTORIQUE

Prouver qu'un dirigeant de société a commis une faute de gestion est une tâche bien hasardeuse.

Les entreprises industrielles ou commerciales ont un fonctionnement complexe, d'autant plus difficile à appréhender qu'il ne peut l'être qu'au travers de pièces justificatives multiples et dissemblables qui traduisent mal l'opportunité des décisions de gestion prises et sont essentiellement enregistrées, en comptabilité, pour en traduire les effets patrimoniaux et étalonner les rapports avec les tiers. En outre, la multiplication du nombre des sociétés dans lesquelles la responsabilité des associés est limitée, a accru le nombre de victimes se trouvant dans l'impossibilité de récupérer le solde impayé de leurs créances en cas de dépôt de bilan.

Ces difficultés sont à l'origine de l'institution d'une présomption de faute pesant sur les dirigeants de sociétés en cas de dépôt de bilan avec insuffisance d'actif.

C'est une loi du 16 novembre 1940 qui a introduit une telle présomption. Elle ne s'appliquait alors qu'aux administrateurs de sociétés anonymes. Un décret du 9 août 1953 l'avait étendu aux gérants de sociétés à responsabilité limitée. La loi du 24 juillet 1966 reprenait ces textes, dans ses articles 54, 248, 249 et 260, qui en étendaient le domaine d'application aux membres du directoire des sociétés anonymes constituées selon la nouvelle forme, ainsi qu'aux gérants de sociétés en commandite.

Ces dispositions ont été abrogées par la loi du 13 juillet 1967 qui leur a donné une portée plus étendue en visant toutes les personnes morales ayant un objet économique ou un but lucratif. Ce texte, d'une application plus large et qui comporte aggravation des dispositions antérieures, n'est applicable que si la procédure du règlement judiciaire ou de liquidation des biens a été ouverte contre la personne morale après le 1er janvier 1968. Il est nécessaire, en outre, que l'insuffisance d'actif et l'exercice des fonctions qui motivent l'application de ce texte soient postérieurs à cette date.

L'évolution ainsi brièvement retracée traduit une sévérité croissante du législateur à l'égard des dirigeants de personnes morales. Cette interprétation est clairement confirmée par une réponse ministérielle du 4 mai 1979 (1) à M. Jacques Bordeneuve : « Il a paru légitime, lorsque la personne morale est en cessation de paiement, de renforcer la responsabilité des dirigeants qui ne peuvent pas se servir de la fiction de la personnalité morale comme d'un écran pour ne pas respecter les engagements souscrits avec les tiers, alors que le chef d'entreprise individuelle, placé dans les mêmes circonstances, répond intégralement sur l'ensemble de son patrimoine de ses engagements ».

On pourrait s'interroger sur l'orthodoxie juridique de cette analyse par ailleurs quelque peu acide.

En effet, les termes « se servir de la fiction de la personnalité morale » ne sembleraient-ils pas limiter l'application du texte aux personnes qui se sont servies de la personnalité morale comme d'un écran (on est proche des causes d'extension de la procédure collective de règlement du passif au patrimoine propre des dirigeants) en exonérant les dirigeants mêmes fautifs qui n'ont pas, à dessein, utilisé la fiction de la personnalité morale.

On est ainsi conduit à se poser la question de savoir quelle est la nature de l'action intentée aux dirigeants. S'agit-il d'une action en responsabilité ?

ACTION EN RESPONSABILITE

Cherche-t-on à réparer le préjudice subi par les créanciers ? Désire-t-on « punir » les dirigeants ?

Deux conceptions auraient pu, en effet, présider à l'adoption de telles dispositions.

Cherche-t-on à réparer un préjudice...

Dans la première, le législateur aurait en quelque sorte voulu corriger ce que pouvait avoir de préjudiciable pour les créanciers le principe de la responsabilité limitée. La balance n'est pas égale en effet entre l'associé et le créancier lorsque sont adoptées des formes sociales permettant d'obtenir une limitation de responsabilité civile. Il peut paraître assez choquant de dire à son cocontractant : je ne vous paierai que si les moyens me le permettent. Lorsqu'il s'agit d'associés n'ayant aucune part à la gestion cela paraîtra admissible, car si la société n'a plus de moyen de payer ses créanciers, elle ne l'a plus également pour honorer des engagements envers ses associés : dividendes, boni de liquidation, remboursement éventuel du nominal. Mais lorsqu'il s'agit de dirigeants on peut supposer que ce sont eux qui sont à l'origine de cette incapacité de la société à faire face à ses engagements. On leur demande alors de faire sur leur patrimoine personnel des prélèvements permettant de réduire, voire de supprimer le préjudice subi par les créanciers.

... ou à sanctionner ?

Mais on peut voir dans l'article 99 l'institution d'une sanction sans rapport, dans son institution tout au moins, avec le désir d'alléger la perte des créanciers : vous avez mal géré la société dont la direction vous était confiée, puisque vous avez déposé votre bilan. Vous serez frappé d'une sanction. Et cette sanction aura valeur d'exemplarité. Les autres dirigeants de société sauront qu'il y a un risque à se mettre dans une telle situation. L'objectif serait alors d'inciter les dirigeants de sociétés à se montrer prudents et vigilants dans leur politique de gestion afin d'éviter le dépôt de bilan générateur d'une telle sanction.

L'environnement existant lors de l'apparition du texte — il s'agit d'une initiative vichyssoise — avait pu faire penser à une mesure autoritaire sanctionnant les dirigeants de sociétés en cas d'insuffisance d'actif.

(1) J.O. Sénat, page 1120.

Même si l'on est conduit à conclure dans un sens différent, on ne peut nier que l'aspect châtiment n'est pas étranger à l'esprit de nombreux instigateurs de l'action en comblement de passif. Il en est d'autant plus ainsi qu'un règlement judiciaire, et à plus forte raison une liquidation de biens, n'ont pas que des incidences financières fâcheuses pour les créanciers de la société. Ils entraînent en outre des troubles sociaux dont la cause, au moins immédiate, doit être recherchée dans les décisions des dirigeants. Il est inutile de citer, à ce propos, les affaires qui défrayent la chronique depuis quelques années.

La recherche des analogies mais aussi de dissemblances entre les actions en responsabilité et l'action article 99 permettra de mieux apprécier le fondement de celle-ci.

Seront examinés succesivement les trois éléments traditionnels des actions en responsabilité : la faute, le préjudice, le lien de causalité.

La faute *est présumée exister. C'est le fondement même du renversement de la charge de la preuve résultant de la présomption de faute. Mais l'action résultant de l'article 99 donnée soit au syndic, soit au tribunal qui peut s'en saisir d'office, est bien fondée sur la faute : les dirigeants échappent à toute condamnation s'ils peuvent prouver « qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaire », c'est-à-dire qu'ils n'ont pas commis de faute, sous réserve de l'application jurisprudentielle de la faute qui sera traitée par M. Dana.*

On a pu assimiler la présomption de l'article 99 de la loi de 1967 à la présomption de responsabilité du fait des choses édictées par l'article 1384 du Code civil (2).

Le lien de causalité *est lui aussi présumé. Dès le moment où une insuffisance d'actif peut être constatée et si les dirigeants sont dans l'incapacité de prouver qu'ils ont déployé les diligences nécessaires, on considère que leur faute — ou plus exactement l'absence de preuve de « non faute » — est à l'origine du préjudice subi par les créanciers.*

On rentre, par contre, dans le schéma classique pour l'existence du préjudice. *Il faut que l'insuffisance d'actif soit établie.*

Traits communs aux actions en responsabilité

Des éléments, qui se concilient mal avec l'existence de la présomption de faute, sont empruntés aux règles de l'action en responsabilité : le tribunal peut *décider de mettre une partie des dettes sociales à la charge des dirigeants. S'il ne le décide pas, n'est-ce pas en foncion de son appréciation de la responsabilité qu'auront assumée les dirigeants dans l'évolution de la société ?*

Le tribunal retrouve la même obligation d'une recherche de responsabilité lorsqu'il doit déterminer dans quelle mesure les dettes sociales seront mises à la charge des dirigeants. La loi précise, en effet, que les dettes sociales seront supportées par eux « en tout ou en partie ». *Si cette précision, par la motivation de la décision prise, rapproche des actions en responsabilité, ne pourrait-on en même temps prétendre qu'elle s'en écarte ? En effet, s'il s'agissait de faire supporter aux dirigeants le préjudice qu'ils ont causé, ne devrait-on pas en toute hypothèse mettre à leur charge l'intégralité de l'excédent de passif ? Ce n'est pas certain, la situation créée par un dépôt de bilan peut fort bien être attribuée pour partie à la conjoncture ou, disons plus simplement et plus concrètement, à la défaillance d'un client important et pour partie à quelque imprudence des dirigeants.*

Plus nette est encore la contrainte de recherche de responsabilité dans l'usage de la faculté laissée au tribunal de mettre le passif à la charge de tous les dirigeants ou de certains d'entre eux. *L'examen du rôle de chacun dans la situation sociale nous conduit à la quête traditionnelle des actions en responsabilité, avec, il faut le souligner, bien des incertitudes et des difficultés. La conduite d'une entreprise, surtout de grande dimension, est une œuvre collective et il est bien difficile, semble-t-il, de fixer la part prise par chacun dans l'orientation défavorable constatée.*

Ces remarques réduisent ainsi considérablement l'aspect d'application automatique et aveugle de la présomption de faute.

Les mêmes observations peuvent naturellement être présentées au sujet de la possibilité d'instituer ou non une solidarité *entre les dirigeants pour le règlement de ces dettes.*

On retiendra, enfin, comme correspondant aux règles générales de la responsabilité civile, la possibilité de mettre les conséquences de l'action résultant de l'article 99 à la charge des héritiers *en cas de décès des dirigeants* (3). *Ceux-ci doivent, pour dégager leur responsabilité « faire la preuve que leur auteur a apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires ».*

Ainsi, on peut relever de nombreux traits qui permettent de rapprocher l'action résultant de l'article 99 de la loi du 13 juilet 1967 des actions en responsabilité de droit commun et qui inciteraient à se référer à elles pour la solution de points obscurs et de difficultés éventuelles :

— d'une part, nécessité d'établir un préjudice ; preuve de l'insuffisance d'actif,

— d'autre part et surtout, nécessité d'établir la responsabilité des dirigeants : le tribunal peut estimer qu'il n'a pas à mettre en jeu les dispositions de l'article 99 ; dans l'hypothèse contraire il fixe le montant du passif à prendre en charge et ceci par tel ou tel dirigeant, avec ou sans solidarité.

Limites de l'assimilation

Il convient néanmoins de marquer les limites de l'assimilation de l'action en comblement de passif aux actions en responsabilité civile de droit commun.

La présomption de faute institue un très large domaine, un très large risque d'application du texte aux dirigeants qui, bien que n'ayant pas commis de faute, sont dans l'incapacité d'apporter la preuve « qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaire ». On n'a jamais défini quelles étaient les diligences normales à respecter dans la gestion d'une affaire. On n'y parviendra d'ailleurs jamais, compte tenu de la multiplicité des situations, de la divergence des pratiques

(2) Voir notamment réponse Voilquin, A.N., 10 mai 1979.

(3) Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 6 février 1979, Revue des sociétés 1980, page 126.

commerciales, de leur évolution sous l'effet de la conjoncture ou des influences étrangères.

Pourrait-on ici invoquer la notion de gestion en bon père de famille ? On sait que les contraintes économiques imposent des décisions parfois dramatiques, plus que le respect d'intentions généreuses, qui conduiraient à l'échec.

... (Influence de la conjoncture) ...

En outre, les réglementations de toute nature viennent singulièrement compliquer la tâche des dirigeants, législations économiques, douanière, fiscale, de droit du travail... qui réduisent considérablement le rôle d'un président ou d'un administrateur de société tout en le rendant plus difficile.

On a trop souvent rappelé, pour s'y attarder longuement, les contraintes législatives ou réglementaires qui entravent la liberté d'action d'un chef d'entreprise.

Le carnet de commandes se réduit, il faudrait licencier...

Une automatisation des fabrications permettrait de résister à la concurrence étrangère, elle impliquerait des réductions d'effectif...

Une activité saisonnière imposerait une répartition inégale de la semaine de travail au long de l'année...

Les capacités commerciales de la technologie étrangère ne pourraient être combattues que grâce à une participation au capital d'un groupe étranger...

Le développement ou la réorientation des productions nécessitent des aides depuis longtemps convenues mais dont la mise en œuvre est conditionnée par des autorisations multiples...

Peut-on ainsi prétendre que les dirigeants sont en mesure d'appliquer la politique qu'ils ont arrêtée ?

On ne peut passer sous silence, enfin, les incidences tragiques de la conjoncture économique actuelle. Quel est le pourcentage de dépôt de bilans résultant essentiellement de la conjoncture, quelles que soient les initiatives courageusement prises, successivement adaptées, difficilement financées, qu'ont pu prendre les dirigeants ? (Des branches professionnelles tout entières ont été condamnées par les hausses du prix du pétrole.)

Influence de l'environnement législatif ou administratif.

Influence de la conjoncture.

Pourrait-on invoquer également l'influence de la structure de l'entreprise ? Sans aller jusqu'à parler de la cogestion aux contours mal définis, peut-être n'est-il pas inutile de souligner, nous y faisions allusion il y a un instant, le caractère collectif de la direction d'une entreprise. On a dit que l'on reconnaissait l'affaire bien gérée à ce que chaque membre du personnel prétendait que c'était lui qui faisait marcher l'entreprise. A l'inverse, quelle est la part de chacun, de l'ouvrier au P.D.G., en passant par le contremaître, le chef d'atelier, l'ingénieur, le directeur technique, le directeur commercial et le directeur du personnel dans la dégradation d'une situation ? Il ne s'agit pas ici de chercher d'autres « coupables », mais de rappeler que la cible est un peu étroite, qui comprend les seuls dirigeants, fussent-ils dirigeants de fait.

Revenons aux différences *entre l'*action en comblement *de passif et les* actions en responsabilité.

D'autres différences importantes peuvent être notées. L'action en comblement de passif ne peut être exercée que par le syndic ou soulevée d'office par le tribunal. *Il est ainsi interdit aux victimes d'en prendre l'initiative.*

Serait-ce d'ailleurs opportun d'offrir à chaque créancier la possibilité d'intenter — individuellement — une action contre les dirigeants. Le Syndic est précisément là pour défendre leurs intérêts.

Le montant du passif social mis à la charge des dirigeants *n'est* pas *nécessairement* égal au préjudice constaté.

On notera tout d'abord que le montant maximum susceptible d'être mis à la charge des dirigeants est égal au total de l'insuffisance d'actif. Or le préjudice subi par les créanciers peut être très supérieur à ce chiffre. Il suffit d'évoquer le cas du créancier pour lequel le non-règlement de sa créance mettra sa trésorerie dans une situation telle qu'il sera contraint, à son tour, de déposer son bilan.

Dans un tout autre sens, il a été jugé que des dirigeants ayant commis des imprudences et négligences n'avaient à supporter qu'un montant réduit de l'insuffisance d'actif par la prise en considération de leur scrupuleuse honnêteté (nous sommes en matière civile !) et du zèle qu'ils avaient déployé (4).

D'autre part, d'autres personnes subissent un préjudice, qui ne figurent pas parmi les ayants droit au passif, ce sont les associés *qui ne retrouveront pas le montant de leur apport ou de leur participation. Ils ont certes — eux — volontairement pris un risque qu'ils connaissaient, ils subissent néanmoins un préjudice dont la réparation n'est pas ici prévue.*

Il faut évidemment distinguer les conséquences pécuniaires qui sont ici soulignées de celles qui résulteraient de la mise en application de l'article 101 *de la loi du* 13 *juillet* 1967. *Cet article dispose qu'en cas de règlement judiciaire ou de liquidation de biens d'une société ou d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en règlement judiciaire ou en liquidation de bien tout dirigeant de droit ou de fait qui a fait des actes de commerce dans un intérêt personnel, sous le couvert de la personne morale, ou qui a disposé des biens sociaux comme des siens propres, ou qui a poursuivi abusivement dans son intérêt personnel une exploitation déficitaire. On est en quelque sorte ici à la limite de l'action en comblement de passif, au point où les fautes commises par les dirigeants sont telles qu'elles aboutissent à ignorer la séparation entre leur patrimoine et celui de la société. Dans cette hypothèse, la personnalité morale n'est plus qu'une couverture. L'ensemble des dispositions relatives au règlement judiciaire ou à la liquidation de biens s'applique alors au patrimoine des dirigeants mis en cause.*

Le tribunal de commerce, qui a prononcé le règlement judiciaire ou la liquidation des biens, est compétent *pour connaître de l'action en comblement de passif. Signalons toutefois qu'invoquant les règles particulières de procédure locale, le Tribunal de Grande Instance de Metz* (5) *a décidé que les actions en comblement de passif devaient être portées devant le Tribunal d'Instance et non pas devant la Chambre Commerciale du Tribunal de Grande Instance qui a*

(4) Bulletin Cour d'Aix 1979/I, p. 61.

(5) 2 et 30 juin 1976, Revue de jurisprudence commerciale, février 1977, page 59.

prononcé le jugement déclaratif (6). *C'est par contre le Tribunal de Grande Instance qui est compétent pour les personnes morales non commerçantes. Ce n'est pas lui nécessairement qui est compétent pour connaître de l'action en responsabilité contre les dirigeants. Les règles ne sont pas identiques à celles applicables en cas de mise en cause de la responsabilité des dirigeants sociaux. En effet, bien que ceux-ci ne soient pas personnellement commerçants ils relèvent de la juridiction commerciale pour les actions en responsabilité intentées contre eux, dès lors que les faits qui leur sont reprochés se rattachent par un lien direct à la gestion de la société dont ils sont les mandataires légaux. Le tribunal sera celui du siège social, si c'est une action sociale qui est intentée, celui des dirigeants poursuivis lorsque c'est une action individuelle qui est exercée par un actionnaire ou un tiers. Notons d'ailleurs que les deux actions peuvent, simultanément ou successivement, être exercées. La seule restriction est que les dirigeants ne pourraient avoir à supporter une condamnation aboutissant à couvrir deux fois le même préjudice.*

Il faut ajouter que sous peine de nullité de la procédure le dossier doit obligatoirement être communiqué au ministère public (7).

Notons à l'issue de cette analyse la différence des effets de l'article 99 *et ceux découlant de la situation d'*associé d'une société civile *ou d'une* société en nom collectif. *Ceux-ci doivent répondre sur leurs biens personnels du passif social à hauteur du préjudice et ceci quand bien même aucun reproche ne pourrait leur être fait, aucune faute n'aurait été commise par eux. On a même pu souligner* (8) *que « les associés des sociétés civiles, qui répondent indéfiniment des dettes sociales en proportion de leurs parts dans le capital social, tirent au contraire avantage de cette action (article* 99*) qui diminue leur contribution aux pertes de la société ». Doit-on en conclure que l'on se réjouit de pouvoir, dans une telle situation, et grâce à l'article* 99 *de la loi de* 1967, *faire payer les vrais coupables ?*

Tout au moins peut-on faire observer que l'article 99, *notamment parce qu'il met à mal l'invulnérabilité que paraissait conférer l'abri d'une personne morale, permet d'aller rechercher les auteurs d'un préjudice, d'alléger la charge de la preuve et ainsi vient en aide aux épargnants particulièrement en danger dans une société civile ou en société en nom collectif où leur responsabilité n'est pas limitée au montant de leur apport.*

Ainsi la comparaison avec les actions en responsabilité de droit commun a permis d'en souligner les caractéristiques les plus importantes par différence avec le schéma classique retenu :

— renversement de la charge de la preuve,

— modalités d'application nécessitant une recherche de responsabilité,

— effacement au moins partiel de l'impératif de réparer le préjudice subi.

(6) En sens contraire, le Tribunal de Grande Instance de Saverne, 23 avril 1969, Bulletin mensuel d'information des sociétés, décembre 1970.

(7) Cass. Comm., 11 mars 1980, Gazette du Palais, 20/21 août 1980, p. 9.

(8) Réponse ministérielle du 4 mai 1979 précitée, J.O. A.N., 10 mai 1979.

CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION EN COMBLEMENT DE PASSIF

L'action en comblement de passif s'applique aux dirigeants des personnes morales à but lucratif, dont le dépôt de bilan fait apparaître une insuffisance d'actif. Seront examinées successivement :

— les personnes morales visées (a),

— la situation dans laquelle elles doivent se trouver, règlement judiciaire ou liquidation de biens (b),

— avec insuffisance d'actif (c),

— les dirigeants dont la responsabilité est susceptible d'être mise en cause (d),

— et enfin la prescription de l'action en comblement de passif.

a) Personnes morales visées

Le texte s'applique désormais, non seulement aux personnes morales commerçantes, mais à toutes les personnes morales de droit privé, même non commerçantes dès lors qu'elles ont un objet économique ou un but lucratif. On estime ainsi que les G.I.E., les G.A.E.C., les G.F.A., les S.A.F.E.R. répondent à l'une ou l'autre de ces conditions (9).

Ce domaine d'application peut ainsi recouvrir les sociétés civiles, voire certaines associations, étant rappelé que la notion de but lucratif a été élargie, si l'on se réfère à l'acception retenue par la loi du 4 *janvier* 1978, *et n'être pas ainsi limitée à la recherche de bénéfice. Il va sans dire néanmoins que le domaine « privilégié » d'application de l'article* 99 *sera constitué par les sociétés commerciales et singulièrement par les S.A. et les S.A.R.L.*

b) La personne morale doit être en état de règlement judiciaire ou de liquidation de biens

Il faut ainsi qu'une procédure collective ait été ouverte « ce qui incite à faire prononcer le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une société dont l'actif est plus ou moins disparu, s'il apparaît que la responsabilité de ses dirigeants peut être utilement recherchée, c'est-à-dire s'ils sont solvables » (10).

c) Insuffisance d'actif

Pour que l'action puisse être exercée encore faut-il apporter la preuve que le passif est supérieur à l'actif. On retrouve ici la démarche d'esprit traditionnelle : il faut apporter la preuve du préjudice. Pour ce faire, il ne suffit pas d'examiner le bilan de la personne morale. Celui-ci en effet, conformément aux principes comptables obligatoirement applicables dans les sociétés commerciales, est établi en fonction des coûts historiques qui, dans des périodes d'érosion monétaire, peuvent dissimuler des plus-values importantes sur les immobilisations, particulièrement sur les terrains et constructions.

En sens contraire de nombreuses rubriques du bilan peuvent dissimuler des moins-values latentes importantes. Si l'on retient la perspective d'une non-continuation de l'activité : matériel et outillage, matériel de transport, matériel et mobilier de bureau,

(9) Contin : La responsabilité des dirigeants en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de la société, Revue de jurisprudence commerciale n° 7-8 de 1979, page 249.

(10) Hémard, Terré et Mabilat : Sociétés commerciales, tome II, page 973, n° 1228.

stocks..., si le tribunal s'estime insuffisamment informé sur ce point, il lui sera nécessaire de procéder à des recherches pour déterminer la consistance et la valeur de l'actif.

L'action peut être déclenchée dès qu'il est établi que le passif est supérieur à l'actif. Il suffit alors que cette différence soit partiellement établie, quand bien même une partie du passif ne serait pas encore vérifiée, dès le moment où le passif vérifié excède le montant de l'actif. Le fait que l'état des créances n'ait pas encore été arrêté n'est pas une cause d'irrecevabilité de l'action.

Citons à ce propos un extrait d'une note de M. Le Bourdais dans la revue de jurisprudence commerciale (mars 1979 *- pages* 100 *et* 101) *:*

« ... La Cour de Cassation a toujours jugé que, si l'insuffisance d'actif doit être certaine, il n'est pas nécessaire qu'elle soit chiffrée de façon précise (cassation commerciale, 17 *juillet* 1956 *bulletin civil III, n°* 217, *page* 185, *R.T.D. commercial* 1956, *page* 693, *observation J. Rault). L'action du syndic est recevable avant même l'arrêté définitif de l'état des créances (en ce sens, Paris,* 13 *décembre* 1976, *D* 1977, *IR* 118, *observation A. Honorat - cassation commerciale,* 26 *octobre* 1976, *D.* 1977, *page* 21) *: la juridiction peut immédiatement prononcer, soit une condamnation définitive à concurrence de l'insuffisance d'actif d'ores et déjà certaine, soit une condamnation provisionnelle. Mais cette condamnation n'est encore que facultative pour la juridiction. »*

La date à laquelle il convient de se placer pour apprécier cette insuffisance d'actif *constitue un problème important.*

C'est la valeur des éléments d'actif et de passif existant au jour du jugement ouvrant la procédure collective qui doit être retenue et ceci telle qu'elle est connue au jour où le Tribunal ou la Cour d'Appel décide de la mise en œuvre de l'action en comblement de passif.

Or, la procédure résultant de l'article 99 *est susceptible de se prolonger pendant une assez longue durée et il faut un effort intellectuel, en même temps que des recherches parfois non négligeables, pour se replacer à la date du jugement ouvrant la procédure collective. Il en est d'autant plus ainsi que bien souvent hélas, la situation s'est entre-temps dégradée de façon telle qu'il paraît superflu de se poser la question de savoir s'il y a insuffisance d'actif.*

On doit retrouver le même souci que dans la recherche du rôle joué par les dirigeants dont la responsabilité est mise en question : la situation qui existait au moment où ils exerçaient leurs fonctions était-elle celle qui, déjà, devait conduire de façon irrémédiable à l'insuffisance d'actif.

Dans un arrêt du 27 *février* 1978 (11), *la Cour de Cassation a confirmé le principe ainsi énoncé.*

Citons l'attendu essentiel :

« — Seule la gestion d'un dirigeant social antérieure au jugement prononçant le règlement judiciaire de la société peut donner lieu à l'application de la présomption de faute instituée par l'article 4 *de la loi du* 16 *novembre* 1940 *; par suite, doit être cassée la décision condamnant un dirigeant social d'une société en règlement judiciaire à supporter personnellement les dettes de cette société, nées postérieurement au prononcé du règlement judiciaire, lors de la continuation de l'entreprise dans les conditions prévues à l'article* 506 *du Code de commerce* (1re *espèce) ; »*

On doit toutefois signaler que l'on se pose la question de savoir si certaines dettes apparues ultérieurement *à la date de ce jugement ne doivent pas être prises en considération. Ainsi a-t-il été jugé que devaient être inclus dans le passif permettant d'estimer l'insuffisance d'actif, les indemintés versées au personnel* licencié, les loyers et les impôts (12).

Une hésitation a été notée également pour les frais et honoraires du syndic qui peuvent apparaître comme une conséquence nécessaire du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Cette conception, qui aboutit à la prise en considération non seulement du passif différé mais encore du passif latent pouvant résulter de la mise en règlement judiciaire ou de la liquidation de biens, paraît excessivement sévère, d'autant plus que ces procédures collectives de règlement se traduisent presque toujours par une « restructuration » génératrice d'indemnisations et pertes de toute nature fort élevées. L'appréciation de la situation patrimoniale sera encore aggravée si l'on se trouve contraint d'abandonner l'optique de continuité de l'exploitation au jour même de l'ouverture de la procédure avec ses incidences sur la valorisation du matériel (valeur de réalisation) et le chiffrage des indemnités dues (de licenciement essentiellement).

Qu'en est-il lorsqu'un concordat *est en cours de discussion ? Doit-on surseoir à l'exercice de l'action en comblement ?*

La jurisprudence ne paraît pas unanime sur ce paint. Un arrêt de la Cour de Douai (13) *a estimé que le syndic dans une telle situation ne pouvait surseoir à l'exercice de l'action en comblement. Par contre, la Cour d'Appel de Paris* (14) *a admis qu'il n'y aurait insuffisance d'actif qu'après un nouveau dépôt de bilan.*

Il faut préciser que dans cette espèce, les créanciers avaient estimé que la consistance de l'actif par rapport au passif leur offrait des garanties suffisantes de leurs créances par la réalisation de l'actif du débiteur. MM. Hémard, Terré et Mabillat affirment (15) *« il ne semble pas que le concordat, dont le seul effet est de suspendre la prescription de l'action en comblement, puisse permettre de surseoir à l'exercice de cette action, d'autant qu'il consacre le plus souvent l'insuffisance d'actif qui en est la condition d'ouverture, à moins qu'il ne soit un concordat à* 100 *%, cas dans lequel le défaut d'intérêt pourrait être opposé au syndic ».*

d) **Il faut qu'il s'agisse de dirigeants sociaux**

L'article 99 *les énumère : « dirigeants de droit ou de fait apparents ou occultes rémunérés ou non ».*

L'identification des dirigeants de droit *ne pose pas de problème. En société anonyme, ce sont le président, le directeur général, même non administrateur, les administrateurs eux-mêmes, les membres du direc-*

(11) Revue des Sociétés 1978, 4, 798 et suivants.

(12) Tribunal de Commerce de Nantes, 8 janvier 1959, Journal des agréés, 1960, 254, Revue Trimestrielle du Droit Commercial 1961, 148.

(13) 11 juillet 1957, Quotidien juridique, 9 octobre 1958.

(14) 29 mars 1957, Revue trimestrielle de droit commercial 1957, 459.

(15) Sociétés Commerciales, tome II, p. 974.

toire dans la formule nouvelle de société anonyme ; dans les sociétés à responsabilité limitée les gérants. Les membres du conseil de surveillance ne sont pas considérés comme dirigeants de droit (16). Il n'en serait autrement qui si leur action ne s'était pas limitée au rôle de surveillance qui leur est confié, mais avait pesé d'une manière déterminante sur la gestion.

On peut noter au passage la non-superposition avec la notion fiscale de dirigeant qui ne s'applique qu'au président et au directeur général.

Tous les dirigeants de droit sont passibles des sanctions prévues par l'article 99, quand bien même ils n'auraient pas en fait exercé leurs fonctions (17) ou quand bien même, comme le précise la loi, ils n'auraient perçu aucune rémunération.

Ne peuvent, par contre, être visés par la présomption de l'article 99, les simples salariés, même s'ils occupent des fonctions de direction : directeurs techniques par exemple, s'ils n'occupent pas des fonctions de direction générale. Il en est de même des mandataires même avec les pouvoirs les plus étendus (18).

Ne peuvent non plus, bien entendu, être assimilés à des dirigeants les commissaires aux comptes qui n'ont pas de fonction de direction.

Sont également visés par la loi les dirigeants de fait. Il faut alors apporter la preuve qu'il s'agit de personnes qui se sont immiscées dans la gestion de la société. Il va de soi que certaines personnes que nous avons exclues de la catégorie des dirigeants de droit tels que les membres du conseil de surveillance ou les commissaires aux comptes seraient considérés comme dirigeants du fait qu'ils avaient pris une part active à la direction de la société. Il importe peu, bien entendu, qu'elles soient ou non associées. Il pourra s'agir, par exemple, du véritable animateur d'une société qui, pour des raisons diverses, a fait prendre la direction par des hommes de paille. Dans une société à responsabilité limitée, ce pourra être l'associé majoritaire qui n'a délégué qu'en apparence la gestion au gérant de droit.

Notons qu'un arrêt de la Cour d'Appel de Rouen (19) avait attribué la qualité de dirigeant de fait d'une société franchisée au franchiseur qui avait réuni le personnel de la société en l'absence des dirigeants de droit, avait licencié un membre de ce personnel et augmenté le salaire d'un autre. Sans remettre en cause la qualité de dirigeant de fait du franchiseur, la Cour de Cassation (20) a jugé que la Cour d'Appel n'avait pas justifié de sa décision, faute d'avoir répondu aux conclusions selon lesquelles le franchiseur soutenait avoir cessé d'être en rapport avec la société plusieurs mois avant le prononcé de la liquidation des biens de celle-ci et à une époque où elle n'était pas en situation d'insuffisance d'actif.

Le caractère, parfois exagérément extensif de cette notion de dirigeant de fait, peut conduire à inclure dans cette catégorie toutes les personnes qui ont pesé, de quelque façon que ce soit, sur l'orientation de la gestion. On retrouve ici le problème délicat et relativement peu élucidé de l'immixtion dans la gestion. Il convient bien entendu d'apporter une vigilance particulière à l'attribution de la qualité de dirigeant de fait, compte tenu de la charge importante que fait peser sur les dirigeants « la présomption de faute ».

On doit signaler, à ce propos, les tentatives d'utilisation du texte à l'encontre des banques. Il ne semble pas qu'elles aient fait jusqu'à présent l'objet d'une condamnation dans le cadre de cette procédure (21).

Notons, quant au champ d'extension territoriale du texte, que la Cour de Douai, dans un arrêté du 1er décembre 1955 (22), a considéré comme pouvant se voir appliquer le texte de l'article 99, le dirigeant d'une société ayant son siège à l'étranger et son principal établissement en France, celui-ci avait été mis en faillite. Ce dirigeant a été reconnu comme pouvant être atteint par l'action en comblement de passif, quand bien même la loi luxembourgeoise, qui était la loi du siège, n'eut conféré au président du conseil d'administration que des pouvoirs moins étendus que la loi française.

Quelle est la date à laquelle doit être retenue la qualité de dirigeant ?

Il n'est pas nécessaire que cette qualité soit possédée au moment où le tribunal prononce le règlement judiciaire ou la liquidation de biens. Ainsi peu importe qu'une démission ait été donnée avant que cette décision soit prise. Ce qu'il faut établir, c'est si les intéressés avaient la qualilé de dirigeant au moment où il existait la situation qui a abouti à l'insuffisance d'actif. C'est ainsi qu'on pu être condamnés :
— le président directeur général d'une société anonyme qui a démissionné avant le prononcé de la faillite (29),

On doit particulièrement souligner cette dernière condamnation, qui s'appliquait à des administrateurs qui avaient démissionné à ue époque où l'exploitation d'un fonds, qui était à l'origine de l'insuffisance d'actif, n'avait pas encore commencé. Le tribunal leur a reproché d'avoir accepté l'achat de ce fonds pour une somme trop élevée et de n'avoir pas révoqué le président directeur général alors qu'ils étaient conscients de son incompétence.

Qu'en est-il lorsque n'ont pas été accomplies les formalités de publicité afférentes à une démission donnée alors que la situation ayant conduit à l'insuffisance d'actif n'existait pas ?

Il faut rappeler que tout le régime de la loi de 1966, l'absence d'accomplissement des formalités de publicité n'est pas sanctionnée par la nullité des démissions intervenues, mais par leur non opposabilité aux tiers. Or, le syndic est bien un tiers vis-à-vis des dirigeants.

Cette solution, encore qu'elle paraisse regrettable si l'on se place dans l'optique d'une assimilation de l'article 99 à une action en responsabilité — l'intéressé ne dirigeait plus effectivement la société — a été implicitement confirmée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 30 octobre 1969 (25).

---

(16) Cassation 9 mai 1978.
(17) Cassation 23 mai 1973.
(18) Casation 2 mai 1977.
(19) 23 mai 1978, B.R.D.A. 1978/12.
(20) Chambre Commerciale, 2 juillet 1980.

(21) Note de M. Vasseur, Recueil Dalloz, Sirez 1978, page 427, n° 14.

(22) Recueil Dalloz : Faillite - règlement judiciaire, n° 419.

(23) Cour de Cassation - Chambre Commerciale, 4 décembre 1972, Revue des sociétés 1974-1-126.

(24) Cour de Cassation - Chambre Commerciale, 1er juillet 1975, Revue des sociétés 1976-3-498.

(25) Cour de Cassation - Chambre Commerciale, 20 octobre 1969, Revue des sociétés 1971-1-37.

On constate ainsi dans l'ensemble des conditions d'application ou d'appréciation des éléments permettant d'appliquer l'article 99 une aggravation de sa sévérité et une extension de son domaine.

Prescription de l'action en comblement de passif

La jurisprudence considère l'action en comblement de passif comme une action en responsabilité civile. Le point de départ est celui où l'insuffisance d'actif a pu être constatée, cette constatation étant effectuée par le syndic, mais laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux.

Un point de départ uniforme a été fixé par l'article 99, qui dispose que « l'action se prescrit par trois ans à compter de l'arrêté définitif des créances. » Le délai court ainsi à compter de la date du dépôt au Greffe de l'état des créances vérifié par le Juge Commissaire. On peut ainsi noter que la prescription ne courrait pas aussi longtemps qu'il n'a pas été procédé à la vérification.

CONCLUSION

Peut-on retirer de ce rapide examen une impression d'ensemble, un trait dominant quant aux caractéristiques de l'action en comblement de passif.

L'élément dominant est sans doute, en dépit du renversement de la preuve, en dépit de la présomption de faute, une orientation vers la recherche de l'existence d'une responsabilité des dirigeants.

Les conditions d'application de l'article 99 : caractère non automatique, détermination du montant du passif à prendre en charge, choix des dirigeants concernés, solidarité, conduisent d'ailleurs nécessairement à cette recherche.

Sans doute doit-on se féliciter de cette tendance quand on sait les contraintes qui pèsent sur la gestion des entreprises et qui peuvent aboutir à considérer comme disproportionnée la sanction pesant sur les dirigeants.

(*Applaudissements.*)

M. le Président Vienne. — Merci, M. le Rapporteur de nous avoir tracé de façon si précise le cadre législatif de l'action qui nous occupe aujourd'hui.

Je pense que nous allons prendre quelques instants de repos.

Arrêt de séance (1/4 d'heure).

M. le Président Vienne. — Nous allons donc reprendre cette « audience » et entendre le rapport de M. DANA sur l'enterprétation jurisprudentielle de l'article 99.

Rapport sur

L'INTERPRETATION DOCTRINALE ET JURISPRUDENTIELLE DE L'ACTION EN COMBLEMENT DE PASSIF

présenté par

M. André DANA, Expert près la Cour d'Appel de Paris

Mon confrère a traité de la nature juridique et des conditions d'exercice de l'action en comblement de passif.

Je me limiterai à examiner, en pratique, comment les tribunaux sont appelés à apprécier la présomption de faute mise à la charge des dirigeants par l'alinéa 3 *de l'article* 99 *de la loi du* 13 *juillet* 1967.

Cet alinéa crée une présomption simple de responsabilité aboutissant théoriquement à un renversement de la charge de la preuve.

Ce n'est pas au Syndic à prouver la faute des dirigeants, mais à ceux-ci de faire la preuve « qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaire[e] ».

Ce type de présomption ne constitue pas un cas isolé dans notre droit.

Mon confrère a évoqué la présomption de responsabilité de l'article 1 384 *qui est encore plus sévère que celle résultant de l'article* 99.

En droit fiscal on retrouve une semblable présomption dans le cadre de l'article 35 *du C.G.I. Les personnes qui cèdent des immeubles, acquis depuis plus de* 2 *ans mais depuis moins de* 10 *ans, sont présumées avoir acheté lesdits immeubles avec une intention spéculative, sauf preuve contraire pouvant être apportée par ces personnes.*

L'article 116 *du Code de Commerce alinéa* 4, *institue également une présomption similaire en précisant en matière de lettre de change « L'acceptation (de la traite par le tiré) suppose la provision ».*

Il s'agit là d'une « présomption juris tantum qui souffre la preuve contraire » comme le reconnaît une jurisprudence constante.

Quel est le fondement de cette présomption de l'article 99 ?

— au plan pratique, elle a été créée afin de faciliter la défense des intérêts des créanciers dans le cadre du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens d'une personne morale, faisant apparaître une insuffisance d'actif ;

— au plan moral, on peut considérer que l'adage « ubi emolumentum ibi onus » (le risque est la contrepartie du profit) qui avait été utilisé par la doctrine pour justifier la présomption irréfragable de l'article 1 384 *trouve également ici son application ;*

— au plan juridique, comment situer cette obligation au passif du fait de cette présomption ?

Est-elle dérogatoire du droit commun de la responsabilité ? Peut-elle aboutir à généraliser l'obligation personnelle à laquelle sont soumis les dirigeants après une extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens ?

Je ne le pense pas. En réalité, cette obligation au passif résultant de l'article 99, *obéit aux mêmes conditions que la responsabilité de droit commun, c'est-à-dire, le Président Henrot l'a d'ailleurs précisé, qu'elle suppose une faute, un dommage et un lien de causalité.*

Cependant, du fait de cette présomption et comme le souligne M. le Professeur Y. Guyon, « chacun de ces éléments subit un infléchissement destiné à faciliter l'action du demandeur » (1) (*principalement le syndic*).

(1) Jurisclasseur, « Effets du règlement judiciaire et de la liquidation des biens à l'égard des dirigeants sociaux ».

Il apparaît, cependant, qu'une telle présomption a provoqué une certaine inquiétude parmi les dirigeants de sociétés. Cela s'est notamment traduit par un nombre important de questions écrites posées à ce sujet par des parlementaires.

C'est ainsi qu'une question posée par M. Voilquin (2) *à M. le ministre de la Justice précise à ce sujet :*

« Il lui expose que cet article institue un régime exorbitant du droit commun, puisque ses dispositions reposent sur l'existence d'une présomption de responsabilité du dirigeant en cas d'insuffisance d'actif constatée à l'occasion d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation de biens. L'article 99 *s'oppose aux principes généraux de notre droit des sociétés. En conséquence, il lui demande s'il ne juge pas nécessaire de prévoir à l'avenir des mesures susceptibles de modifier un tel régime ».*

M. Caillavet a également posé une question (3) *écrite dans laquelle il demande à M. le ministre de la Justice :*

« S'il n'estime pas qu'au moment où l'effort des pouvoirs publics porte sur la création d'entreprise et l'esprit d'initiative, l'article 99 *de la loi du* 13 *juillet* 1967 *est un frein réel au dynamisme de notre moyenne industrie ».*

On retrouve ces mêmes idées développées dans la Lettre des Echos *n°* 108 *du* 29 *octobre* 1979.

Il y est, en effet, mentionné :

« Le C.N.P.F., l'Association française des banques, la Chambre de Commerce et l'Industrie de Paris, E.T.H.I.C., etc., font deux reproches à ce texte et semblent décidés à ne pas cesser leurs attaques. *Le premier est qu'il soit « exorbitant du droit commun » puisqu'il renverse la charge de la preuve et ouvre la porte à toutes les interprétations. Argument auquel répond un proche collaborateur d'Alain Peyrefitte en faisant remarquer que, d'après une étude du Centre de Recherches sur le Droit des affaires de la C.C.I.P.,* l'article 99 est rarement appliqué (moins de 5 % des procédures) et l'est à bon escient (la condamnation intervient dans plus de 90 % des cas). *De plus, la jurisprudence des Tribunaux de commerce composés d'industriels ou de commerçants, a admis de nombreuses clauses d'exonération : la crise de l'énergie, la conjoncture, les conditions de crédit, les grèves répétées, etc. Il reste que la preuve est à apporter par l'accusé, situation unique en Europe...* La deuxième est son côté dissuasif : il empêche, par crainte des retombées possibles, de nombreux investisseurs ou conseillers de s'intéresser à une entreprise nouvelle ou en difficulté.

C'est également cette dernière notion qu'exprime ultérieurement M. German Sprauer (4) *dans une question écrite rédigée en ces termes en date du* 3 *mars* 1980 *:*

« Or, cette situation pratique et juridique est à l'heure actuelle particulièrement redoutée par les dirigeants de sociétés et par les organismes preneurs de participations, à tel point « que les entreprises qui, de l'avis unanime, ont le plus impérieux et le plus urgent besoin de fonds propres sont des victimes de ce malthusianisme d'origine juridique ». M. Sprauer demande donc au ministre de la Justice si, compte

(2) J.O. Déb. Ass. Nat. du 10 mai 1979.
(3) J.O. Déb. Ass. Nat. du 11 octobre 1979.
(4) J.O. Déb. Ass. Nat. du 3 mars 1980.

tenu des appréhensions que suscite l'article 99 auprès des investisseurs, il ne lui paraît pas nécessaire de déterminer la portée exacte de ce texte, d'apprécier les véritables risques courus par les organismes preneurs de participations et les dirigeants sociaux, voire de renverser la charge de la preuve ainsi qu'en dispose la proposition de la loi n° 1154 déposée par un certain nombre de ses collègues ».

A ces trois questions écrites on retrouve les mêmes éléments de réponse, savoir :

« Le renversement de la charge de la preuve opéré par l'article 99 est, en fait, moins sévère qu'il ne paraît, car l'examen de la jurisprudence démontre que les tribunaux ne se contentent pas, pour retenir la responsabilité des dirigeants, de constater que la preuve d'un comportement diligent n'est pas apporté ; ils recherchent et établissent des fautes effectivement commises qui sont la cause de la cessation des paiements de la presonne morale et de son insuffisance d'actif ».

Ce texte est repris intégralement *dans les réponses « Voilquin », « Caillavet » et « Sprater ».*

De plus, ces trois réponses ministérielles se terminent par cette même conclusion.

« C'est pourquoi le gouvernement n'a pas l'intention de modifier les conditions d'application ni la procédure de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 ».

Les apaisements donnés dans ces réponses par M. le ministre de la Justice pourraient, par un raisonnement simpliste, être interprétés de la manière suivante :

La loi prévoit une présomption de faute, mais elle n'est que rarement appliquée, puisque les juges du fond recherchent les éléments de la faute.

Cette interprétation serait, bien entendu, fort contestable au plan des principes.

En réalité, comment les tribunaux appliquent-ils ce texte ?

Il existe une très nombreuse jurisprudence en la matière. Cette jurisprudence concerne la notion de dirigeant, les problèmes de prescription, et également les problèmes de responsabilité. C'est uniquement à ce dernier domaine que je me limiterai.

Dans le cas où le dirigeant n'apporte pas la preuve de ses diligences et où le syndic n'établit pas de faute, cas en pratique relativement rare, la présomption de faute joue et les tribunaux font droit à la demande du syndic.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 24 février 1965 (5) *précise à ce sujet que :*

« Lorsque, sans contester l'insuffisance d'actif, le président directeur général d'une société anonyme en faillite se borne à soutenir que sa responsabilité ne peut être recherchée car, n'ayant commis aucune faute dans la gestion de la société, il ne saurait être tenu compte du passif, et qu'il ne tente même pas de se dégager de la responsabilité qui pèse sur lui en faisant la preuve, mise à sa charge par la loi, qu'il a apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires, la cour d'appel fait une exacte application de la loi en décidant que les dettes sociales seraient supportées par ledit président directeur général jusqu'à concurrence d'un montant qu'elle a souverainement déterminé ».

(5) Cass. Chambre Comm. du 24 février 1965, bull. civil III, p. 126.

Par un arrêt du 18 novembre 1968, la Cour de Cassation (6)) *a dans le même sens, cassé un arrêt d'une Cour d'Appel qui se bornait à énoncer « qu'il n'était pas démontré que les administrateurs avaient, de mauvaise foi et dans un but personnel fait des biens de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, tout en relevant qu'ils avaient été des dirigeants incapables et maladroits et sans justifier que ces administrateurs avaient apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires ».*

Ainsi, et c'est logique, s'ils ne veulent pas être condamnés sur la base de la présomption de l'article 99, les dirigeants doivent apporter la preuve de leurs diligences.

Mais paradoxalement, il apparaît que le syndic (ou le Tribunal) recherche très souvent la faute des dirigeants plutôt que d'utiliser la présomption légale.

J'examinerai en un premier temps, les espèces dans lesquelles les dirigeants tentent d'apporter la preuve de leurs diligences.

J'examinerai ensuite les cas où le syndic (ou le Tribunal) cherche à établir la faute des dirigeants.

1° CAS DANS LESQUELS LES DIRIGEANTS CHERCHENT A PROUVER LEURS DILIGENCES

Il convient de préciser en un premier temps qu'il ne s'agit pas de prouver l'absence de faute (preuve négative), mais de prouver que le dirigeant a convenablement géré les affaires sociales.

L'article 99 alinéa 3 précise que les dirigeants « doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaire ».

Dans l'ancienne rédaction de la loi de 1940 référence était faite à « toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié ».

La nouvelle rédaction s'explique car « il paraît discutable de considérer les dirigeants sociaux comme des mandataires » (7).

Elle est également, semble-t-il, la conséquence du fait que la gratuité des fonctions ne met plus obstacle à l'action en comblement.

Comment cette preuve de diligence est-elle appréciée par les tribunaux ?

On peut évoquer un certain nombre de cas de figures.

— Dirigeants établissant leur non participation effective à la mauvaise gestion

L'arrêt de la Cour de Cassation du 23 mai 1973 (8) *rejette les arguments invoqués par un administrateur dans son pourvoi, à savoir :*

« Qu'il ne peut être regardé comme un dirigeant au sens de l'article 99 n'ayant pas participé effectivement à la direction et à la gestion de l'entreprise ».

Cet arrêt a ainsi confirmé l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 10 janvier 1972 qui avait constaté que l'intéressé était bien administrateur de la société anonyme susvisée, c'est-à-dire dirigeant social de droit.

(6) Cass. Chambre Comm. du 18 novembre 1968 d. 1969 200, bull. civil IV, p. 291 - Revue société 1969, p. 227.

(7) E. du Pontavice, La réforme de la faillite.

(8) Chambre Comm., Revue société 1974, p. 544.

Ce cas a également fait l'objet d'un arrêt de la Cour de Cassation en date du 1er juillet 1975 (9).

Il s'agissait en l'occurrence d'administrateurs qui, ayant constaté l'incompétence du président directeur général, avaient démissionné.

La Cour suprême a considéré dans son arrêt que les administrateurs concernés « ne peuvent échapper aux conséquences de leur responsabilité en disant que, quand ils se sont rendu compte qu'ils ne pouvaient obtenir de Sanchez, président directeur général, les documents sociaux, ils ont donné leur démission, qu'ayant constaté l'incompétence et l'incurie de San chez ils avaient le devoir impérieux de le révoquer pour mettre fin à sa mauvaise gestion, que ne l'ayant pas fait ils sont responsables de ce qu'ils n'ont pas empêché malgré le droit que leur en donnait la loi ».

Cette même notion avait été évoquée par un arrêt de la Cour d'Appel de Rouen du 10 février 1972 (10).

Il est en effet précisé :
« que le seul fait d'assister régulièrement aux séances du conseil d'administration ne suffit pas à décharger de toutes responsabilités les administrateurs, qui ne peuvent se contenter de jouer un rôle passif, mais qui doivent surveiller la bonne marche de la société ».

Mais en l'espèce les administrateurs avaient été mis hors de cause et seul le président avait été condamné à supporter une partie du passif social, compte tenu des difficultés de pouvoir déceler des agissements irréguliers du dirigeant que, ni le commissaire aux comptes, ni l'expert comptable n'avaient signalés.

— Dirigeants démontrant une activité réelle

Cette preuve peut n'être pas suffisante.

La Cour d'Appel de Paris (3e Chambre) a rendu un arrêt le 18 novembre 1974 (11) où il est, en effet, retenu que : « les dirigeants sociaux ne peuvent dégager leur responsabilité en établissant seulement qu'ils ont déployé beaucoup d'activité si celle-ci ne pouvait aboutir en réalité à de bons résultats dans une affaire mal conduite ».

Par contre, cette preuve a été considérée comme suffisante par la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 17 janvier 1980 (12), en ce qui concerne un gérant qui, dès son entrée en fonction, avait pris toutes les mesures qui s'imposaient pour mettre fin aux charges qui grevaient la société, le retard apporté à la déclaration de cessation des paiements n'ayant, par ailleurs, entraîné aucune aggravation du passif social.

— Dirigeants démontrant simplement la non-commission de faute

Nous avons vu que cela n'avait pas été jugé suffisant par l'arrêt précité de la Cour de Cassation (Chambre commerciale) du 24 février 1965.

— Dirigeants apportant la preuve de leur absence de faute et démontrant que la poursuite de l'activité était imposée par l'intérêt public

Dans cette espèce le Tribunal de Commerce de Marseille, en date du 27 février 1978 (13) a admis que la preuve avait été apportée et a débouté le syndic de sa demande.

(9) Cass. Chambre Comm., Revue société 1976, p. 499.
(10) Revue société 1973, p. 136.
(11) Revue société 1975, p. 676.

Cette notion d'intérêt public a également été reprise dans un jugement du Tribunal de Commerce de Paris du 23 avril 1979 (14). Dans ce cas, le président et les administrateurs avaient été mis hors de cause aux motifs que les pouvoirs publics étaient intervenus pour retarder le dépôt de bilan et maintenir « coûte que coûte » l'activité de la société qui était la seule en France à fabriquer un certain type de matériel et qui, de plus, employait plus d'un millier de personnes dans la région.

Ainsi, il apparaît que la preuve de la diligence des dirigeants est difficile à apporter et qu'elle est appréciée strictement par les tribunaux.

Cette notion « d'activité et de diligence nécessaire » n'est pas sans rappeler la notion de bon père de famille prévue par l'article 1137 du Code civil.

Mais la conduite du dirigeant sera jugée, de plus, par référence aux fonctions exercées par l'auteur présumé du dommage. L'appréciation sera différente selon qu'il s'agisse du président directeur général d'une importante société ou d'un gérant d'une petite S.A.R.L. familiale.

Il semble, toutefois, que le dirigeant devrait être libéré lorsqu'il démontre, même en l'absence de diligence particulière, que le règlement judiciaire ou la liquidation des biens est due à une cause étrangère qui ne peut lui être imputée.

Cette justification a été considérée comme établie par le Tribunal de Commerce de Pontoise en date du 26 janvier 1979 (15).

Dans cette espèce, les dirigeants ayant envisagé le licenciement d'effectif excédentaire dans des secteurs déficitaires, s'étaient huertés à des grèves répétées avec occupation des locaux. De plus, l'inspecteur du travail avait tardé à donner l'autorisation des licenciements, alors que ceux-ci auraient pu permettre une restructuration de l'entreprise.

2° CAS OU LE SYNDIC (OU LE TRIBUNAL) RECHERCHE LA FAUTE DES DIRIGEANTS

Ces cas sont de très loin les plus nombreux.

Il existe, en effet, un grand nombre de jugements (ou d'arrêts) qui relèvent des fautes, souvent empruntées à la législation sur la banqueroute, pour condamner les dirigeants au titre de l'article 99.

C'est ainsi qu'il est reproché aux dirigeants :
— le défaut de tenue de comptabilité régulière (16) ;
— l'incompétence, la poursuite abusive de l'exploitation et la non observation des dispositions légales concernant la perte des « trois quarts du capital social » (17) ;
— la poursuite, dans un but personnel d'une exploitation déficitaire qui exclut que le dirigeant puisse rapporter la preuve des diligences lui incombant (18) ;

(12) Bull. Joly 1980, p. 185.
(13) Revue jurisprudence comm. 1980, p. 317.
(14) Revue jurisprudence comm. 1979, p. 315.
(15) D. 1979, p. 457.
(16) Cass. Ch. Comm. du 19 juin 1967, bull. civ. III n° 249 et Cass. Ch. Comm. du 14 mai 1973, bull. civ. IV, p. 151.
(17) Cass. Ch. Comm. du 16 octobre 1968, bull. civ. IV p. 244.
(18) Cass. Ch. Comm. du 8 juin 1974, Revue société 1975, p. 386.

— la poursuite d'une activité déficitaire alors qu'il aurait dû être procédé au dépôt de bilan (19).

La connaissance de ce déficit rend encore plus fautive la poursuite de l'exploitation (20).

Comment interpréter le fait que l'on retrouve beaucoup plus souvent dans des jugements le souci de la recherche de faute alors que cette faute est, de par la loi, présumée.

Doi-on y voir une évolution de la jurisprudence qui irait à l'encontre d'un texte légal ? Cela est peut-être excessif.

Cependant, la jurisprudence semble évoluer vers la reconnaissance d'un droit à l'erreur pour les dirigeants.

Je citerai tout d'abord, en ce sens, le jugement du Tribunal de Commerce de Roubaix du 21 novembre 1979 (21).

« Attendu que, pour échapper à la présomption de responsabilité qui pèse sur eux, les administrateurs poursuivis doivent faire la preuve qu'ils ont géré la société avec toute la diligence nécessaire ;

« Attendu que, rien dans les éléments de la cause ne permet de douter de la probité du sieur X... et des dames Y... et Z... ; que pas davantage la compétence professionnelle du sieur X..., président du conseil d'administration, n'est en cause ;

« Attendu que la cause profonde de la déconfiture des Ets D... résulte des décisions prises à l'échelon le plus élevé pour améliorer une situation critique ; que cette amélioration a été recherchée avec un plan précis, appuyé sur des données comptables et conduit par étapes successives ;

« Attendu que des simulations ont été faites pour tenter d'apprécier les risques du plan ; que ces risques n'ont pas semblé être hors de proportion avec les possibilités de l'entreprise ;

« Attendu que le sieur X... a demandé confirmation de la justesse de son plan auprès d'organismes extérieurs ; que ces organismes n'ont pas discuté la valeur du plan ;

« Attendu qu'en possession de tous ces éléments, le sieur X... a pris sa décision comme le font bien des dirigeants d'entreprise à un moment donné de la vie de leur entreprise ;

« Attendu qu'il n'appartient pas au tribunal de juger dans l'abstrait une telle décision car de telles décisions sont les bases mêmes de toute créativité industrielle ou commerciale, créativité qui ne saurait exister sans cette notion de risque à courir, même si les chances de réussite ne sont pas totales ;

« Attendu que le plan de redressement ayant été décidé et l'accomplissement de la première phase étant un succès, il n'y avait pas de raison de ne pas passer à la seconde phase ;

« Attendu que, durant toute cette période, la vigilance des administrateurs a été constante ; que les interventions, suggestions, mises en demeure se sont succédées pour obtenir le succès du plan ;

« Attendu qu'il résulte de l'examen des pièces soumises à l'attention du tribunal que l'insuffisance d'actif de la liquidation des biens de la société D... davantage la conséquence d'un enchaînement de faits regrettables que de mauvaises décisions de gestion, les administrateurs ayant effectué leur choix économique en connaissance de cause, après des études sérieuses que seule la conjoncture économique a déjouées ;

« Attendu que les administrateurs de la société D... ont aussi prodigué tous leurs efforts pour obtenir la meilleure liquidation de biens possible ; qu'ils ont abandonné tous les biens qu'ils avaient acquis au cours de 30 ans d'activité prospère ;

« Attendu dans ces conditions que le tribunal ne juge pas devoir faire application à leur encontre des dispositions de l'article 99 de la loi du 13-7-1967 ; »

J'ai également noté, dans le même sens, un jugement rendu par le Tribunal de Commerce de Tours en date du 17 avril 1979 (22) qui a débouté le syndic de sa demande tendant à faire supporter par les dirigeants une partie de l'insuffisance d'actif dans le cadre de l'article 99.

On relève, notamment, dans ce jugement :

« Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence. la responsabilité des dirigeants ne peut être retenue qu'à la condition que le syndic apporte, à l'appui de sa demande, des éléments relativement précis, établissant que les dirigeants n'ont pas respecté l'obligation qui leur était faite concernant leur activité et la diligence nécessaires, à apporter aux affaires sociales ».

Puis encore :

« Il est donc reconnu par la jurisprudence, aux dirigeants sociaux, le droit à l'erreur, dans la mesure où cette dernière n'atteint pas un degré de gravité tel pour sa société, qu'elle puisse être considérée comme une faute ».

Ainsi, ce droit à l'erreur reconnu par ce jugement qui est définitif, atténue fortement la présomption légale de faute institué par l'article 99.

Ces jugements traduisent-ils la volonté délibérée de certains tribunaux d'infléchir la portée d'un texte légal ?

En réalité, je pense que le problème se pose différemment.

En matière de responsabilité de l'articlle 99, la faute et le lien de causalité sont présumés, la preuve contraire devant être apportée par les dirigeants mis en cause.

Comme nous l'avons vu, la Cour de Cassation, à maintes reprises, a réaffirmé ce principe (Cour de Cass. ch. com. du 18 novembre 1968 (23) et Cour de Cass. ch. com. 11 février 1980 (24).

Cependant, l'article 99 précise :

« que les dettes sociales seront supportées en tout ou en partie avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux... ou par certains d'entre eux ».

C'est à ce niveau que le tribunal peut fixer le montant de la réparation et le degré de la solidarité en fonction de la responsabilité de chacun des dirigeants.

Il existe d'ailleurs une jurisprudence qui exprime clairement ce lien.

Je citerai ainsi l'arrêt de la Cour d'Aix du 30 janvier 1979 (25).

Dans le cas d'espèce, des dirigeants sociaux avaient été condamnés en application de l'article 99, car ils avaient manifestement commis des imprudences et des négligences dans la gestion de la société.

(19) Cass. Ch. Mixte du 21 juillet 1978, Revue société 1979, p. 572 et Ch. Comm. du 14 mai 1973 précitée.

(20) Cass. Ch. Comm. du 6 octobre 1970, bull. inf. société 1970, p. 714.

(21) Gazette du Palais n° 240-241, 27-28 août 1980, p. 12.

(22) Gaz. Pal. 1979, som. p. 543.

(23) Bull. civ. IV, p. 291.

(24) Revue société 1980, p. 811.

Cependant, « leur zèle remarquable et leur scrupuleuse honnêteté pouvaient justifier une réduction de montant de la condamnation ».

C'est dans ce même esprit (réparation fonction de la faute) que l'on a vu des administrateurs supporter une partie de l'insuffisance d'actif plus importante que celle mise à la charge du président du Conseil (26).

Il apparaît, dans ces conditions, que le rôle de l'expert désigné par le Tribunal revêt une grande importance dans la recherche des éléments qui permettront au Tribunal de fixer le quantum de la condamnation et d'en déterminer les modalités d'imputation entre les dirigeants.

Afin d'illustrer ce point de vue, je citerai la fin d'une note rédigée par M. Berdah relative à un arrêt rendu par la Cour d'Aix-en-Provence le 21 *avril* 1971 (27).

Il est mentionné :

« La responsabilité édictée par l'article 99 *de la loi du* 13 *juillet* 1967 *a quitté le domaine de la responsabilité légale, pour devenir une « forme aggravée de la responsabilité civile de droit commun des dirigeants ».*

« Son régime juridique laisse, toutefois, la place à une certaine souplesse, tirée de l'appréciation possible des juges de la part de responsabilité incombant à chaque dirigeant : la mission impartie à l'expert par l'arrêt annoté le démontre suffisamment ».

*
**

Je terminerai mon trop long exposé en évoquant un revirement de jurisprudence relatif aux conséquences de l'action en comblement de passif.

En effet, depuis l'arrêt la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 27 *octobre* 1964, *il était admis que les sommes versées par le dirigeant condamné en application de l'article* 99, *entraient dans le patrimoine de la masse et non dans le patrimoine de la société.*

La jurisprudence en déduisait que le fisc ne pouvait exercer sur elles le privilège que lui accorde l'article 1926 *du C.G.I. Ces sommes étaient réparties au marc le franc entre les créanciers chirographaires et les créanciers privilégiés ou hypothécaires dans la mesure où leurs sûretés avaient été insuffisantes pour assurer leur paiement intégral.*

Cette thèse était largement admise par la doctrine. Il convient, toutefois, de signaler certaines réserves énoncées dans une note de M. le professeur Cabrillac (28) *qui ont été reprises par M. le professeur Guyon* (29).

Ce dernier commente la solution retenue par la Cour Suprême dans son arrêt du 27 *octobre* 1964 *dans les termes suivants :*

« Cette solution sauvegarde les intérêts des créanciers chirographaires contre l'ampleur parfois excessive des droits de certains créanciers privilégiés qui épuisent à peu près tout l'actif. On peut néanmoins lui adresser une critique. En précisant que les « dettes sociales seront supportées » par les dirigeants, l'article 99 *semble indiquer que ces dettes demeurent des dettes de la société. Simplement elles sont réglées grâce aux biens personnels des dirigeants. Mais il n'y a pas de raison de faire ce paiement selon des modalités différentes de celles qui auraient été appliquées en cas de règlement au moyen de biens de la société ».*

Or, un arrêt récent de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 7 *mai* 1979 (30) *a remis en cause cette jurisprudence.*

Cet arrêt casse un arrêt de la Cour d'Appel de Paris rendu le 25 *octobre* 1977 *au motif que « les sommes litigieuses qui représentent tout ou partie des dettes sociales doivent être réparties par le syndic entre les créanciers dans la masse, compte tenu des droits de préférence qui leur ont été reconnus par la décision admettant leur créance ».*

Cette nouvelle solution a été critiquée par MM. les professeurs Derrida et Sortais, ainsi que par Mlle Honorat et M. Guetta tous deux maîtres assistants à la faculté de droit de Nice.

Ils estiment que ce revirement risque de porter « une atteinte particulièrement grave aux intérêts des créanciers chirographaires ».

Il convient de noter, à ce sujet, le dernier paragraphe d'une réponse du ministre de la Justice à la question d'un sénateur, M. Dubanchet (31).

Il y est précisé :

« sur le troisième point enfin il convient d'indiquer que le produit de l'action en comblement de passif tombe dans le patrimoine de la masse des créanciers et l'attribution des sommes doit être faite entre ceux-ci en respectant éventuellement l'ordre des privilèges généraux ».

Le texte de cette réponse semble confirmer la nouvelle position de la Cour de Cassation à ce sujet.

Il m'a paru intéressant, à ce sujet, de vous rapporter un extrait de la « lettre des Echos » du 29 *octobre* 1979 *concernant les éventuelles conséquences de la position adoptée par l'arrêt de la Cour de Cassation du* 7 *mai* 1979 *précité.*

Il y est mentionné :

« Mais un fait récent vient d'intervenir, qui est susceptible de vider d'une grande partie de son intérêt pratique, aux yeux du syndic, le recours à l'article 99 : *« il s'agit du revirement de jurisprudence opéré par la Cour de Cassation quant à l'affectation des sommes obtenues des dirigeants condamnés. Alors qu'antérieurement il était admis qu'elles allaient à la masse des créanciers,* la Cour considère dédormais que, dans ceux-ci doivent figurer les créanciers privilégiés, c'est-à-dire le Trésor et la Sécurité sociale. *Quel syndic, dans ces conditions, se battra pour eux ? Mais quel moyen trouveront le fisc et la Sécurité sociale pour pouvoir user directement de l'article* 99 *? ».*

(*Applaudissements*).

M. le Président Vienne. — Je vous remercie, Monsieur le rapporteur, de la façon magistrale dont vous avez dressé le tableau de l'application en jurisprudence et en doctrine de l'article 99.

Nous voici donc placé devant, d'une part, le texte législatif, d'autre part devant le complexe doctrinal et jurisprudentiel.

Nous allons maintenant en venir, en ce qui concerne les juridictions, à l'application pratique de cette présomption de l'article 99 en écoutant le rapport de M. Salato : « l'expert judiciaire et les juridictions devant l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 ».

---

(25) Bull. Cour d'Aix 1979/1, p. 61.

(26) Cour de Cass. Com. du 2 décembre 1969, Bull. civ. IV, p. 333.

(27) Dalloz 1972, p. 164.

(28) D. 1965, p. 129.

(29) Article précité paru dans le Jurisclasseur des Sociétés.

(30) D. 1979, 431.

(31) J.O. du 25 février 1980.

Rapport sur

L'EXPERT JUDICIAIRE ET L'ARTICLE 99 DE LA LOI DU 13 JUILLET 1967

présenté par

M. Jacques SALATO, Expert agréé par la Cour de Cassation

préparé avec le concours de :

M. Jean-Louis HEMMER, Expert judiciaire stagiaire

M. Jean-Louis BOVIS, ancien Expert judiciaire stagiaire

Après les remarquables rapports de mes éminents confrères MM. Henrot et Dana, il m'appartient de vous exposer sur un plan pratique quel est le rôle de l'expert judiciaire face à une telle mission dans le strict cadre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

Je rappellerai tout d'abord la conclusion de mon confrère Henrot qui a indiqué que la jurisprudence s'oriente, malgré la présomption de faute, vers la recherche de l'existence de la responsabilité des dirigeants.

Le syndic et/ou le tribunal souhaiteront en conséquence être informés, dès lors que la responsabilité peut être retenue :
— sur le degré de la faute,
— sur l'existence du préjudice et sur son niveau,
— sur le lien de causalité entre la faute et le préjudice,
— sur les auteurs de la faute et l'explication de leur niveau respectif de responsabilité.

C'est donc à ces questions que l'expert judiciaire commis devra répondre.

Il devra informer le syndic et/ou le tribunal des personnes ayant la qualité de dirigeants de droit ou de fait. Il devra démontrer quelle a été la diligence de chacun et rechercher ainsi les fautes que les uns ou les autres ont pu commettre.

Il lui importera de rechercher et chiffrer les conséquences des manquements en matière de diligences ou des fautes commises.

Par ailleurs, l'expert pourra se voir confier une mission d'appréciation de l'étendue de la responsabilité d'un dirigeant, à la demande de celui-ci qui estime que sa gestion n'a pas été dommageable pour la société.

Nous étudierons successivement la nature des recherches et investigations que devra entreprendre l'expert judiciaire pour permettre à la juridiction mandante de cerner :
— la qualité de dirigeant,
— l'activité et la diligence nécessaires des dirigeants,
— la notion de faute commise par les dirigeants,
— les conséquences des manquements en matière de diligences.

I. — LA QUALITE DE DIRIGEANT

L'article 99 vise tous les dirigeants, qu'ils soient de droit ou non, apparents ou occultes. Par sa rédaction, cet article cherche donc à atteindre les dirigeants de droit en premier lieu, mais également ceux qui ont eu la subtilité de ne pas se faire nommer à des fonctions de direction, tout en se comportant comme des dirigeants : les apparences juridiques s'effacent donc devant la réalité du pouvoir.

L'expert, lorsqu'il est commis, devra donc déterminer avec précision les personnes qui ont détenu le véritable pouvoir et en informer le syndic ou le tribunal. Ce pourra être :
— un ou plusieurs dirigeants de droit,
— un ou plusieurs dirigeants de fait,
— ou les deux réunis.

1. Qualification du dirigeant de droit responsable

L'article 99 ne vise que les dirigeants actuels. L'obligation au passif ne pèse donc, en principe, que sur les dirigeants en fonction au moment de la cessation des paiements.

En conséquence, seuls échappent à la présomption de responsabilité les dirigeants ayant quitté leurs fonctions avant la date réelle de la cessation des paiements, avant que la situation puisse être considérée comme irrémédiablement compromise.

La présomption de responsabilité pèse donc sur tous les dirigeants ayant assumé des responsabilités postérieurement à cette date. L'expert commis se devra donc de préciser celle-ci.

De même, demeure tenu au passif social le dirigeant qui, malgré la cessation de ses fonctions officielles, a continué de gérer la société.

Par contre, le défaut de publicité de la cessation des fonctions ne semble pas pouvoir permettre à un tiers de rechercher la responsabilité d'un ancien dirigeant.

L'expert devra donc réunir tous éléments de preuve pour lui permettre de déterminer, tant dans le temps que dans l'espace, quels ont été les dirigeants de droit.

Il trouvera ses informations :
— dans l'acte constitutif de la société,
— par la lecture des procès-verbaux des délibérations des organes sociaux,
— il s'assurera de la concordance de ces documents avec les publicités légales et les documents figurant au registre du commerce.

L'expert-comptable devra ensuite déterminer l'influence respective de chaque dirigeant sur la direction de la société. Pour cela, il recherchera dans la comptabilité, notamment :
— le niveau de rémunération de chaque dirigeant : appointements, jetons de présence, tandis que le montant des frais qui lui ont été remboursés permettra de donner une indication sur l'importance de l'activité déployée,
— les signatures déposées en banque, les correspondances échangées avec les administrations, avec les tiers et le personnel,
— sur le plan juridique, l'expert-comptable judiciaire comparera la part respective de chaque dirigeant de droit dans le capital, ainsi que les liens qu'il peut avoir avec des sociétés mères, apparentées, ou avec les principaux clients ou fournisseurs.

Ces recherches permettront à l'expert d'informer le syndic ou le tribunal sur la répartition réelle du pouvoir entre les différents dirigeants de droit.

2. Recherche des dirigeants de fait

Peut être déclaré « dirigeant de fait » toute personne qui contrôle la société ou qui prend des initiatives au nom de celle-ci, s'immisce dans sa gestion.

La gérance de fait ne se présume pas.

C'est au syndic qu'il appartient de prouver que le défendeur avait la qualité de dirigeant de fait apparent ou occulte (Cass. Com. du 4-4-1962).

Le tribunal doit être mis en mesure de savoir si le pouvoir du dirigeant de fait s'est réellement manifesté (Cass. 2-5-1977).

En conséquence, il incombe à l'expert judiciaire commis d'apporter à son commettant toutes les informations utiles à cette qualification.

L'article 99 vise, nous le rappelons, tous les dirigeants qu'ils soient apparents ou occultes.

Ces dirigeants, quels sont-ils ?

2.1. *Les dirigeants de fait* apparents *sont des personnes ayant, par leur action, la possibilité de décider de l'avenir de la société :*

— un ou plusieurs associés ou actionnaires de la société, leurs ascendants ou descendants, frères, sœurs, parents plus éloignés ou amis,

— une société apparentée, mère ou filiale, elle-même ou par l'intermédiaire de ses propres dirigeants,

— des salariés de la société ayant élargi leur influence au point de se superposer ou de supplanter les dirigeants de droit,

— le fournisseur principal qui, grâce au crédit qu'il accorde à la société, s'octroie des initiatives dans le domaine de sa gestion,

— le client qui représente une part importante du chiffre d'affaires de la société et qui se permet, en conséquence, d'influencer sa gestion et, notamment, sa politique commerciale,

— je citerai enfin le banquier qui, dans l'espoir de récupérer des avances consenties à la société, influence son dirigeant dans le domaine de la gestion.

Cette énonciation n'est, bien entendu, pas limitative.

2.2. *Le dirigeant de fait* occulte, *c'est — comme son nom l'indique — celui que l'on ne voit pas.*

Dans la pratique, ce dirigeant sera qualifié bien souvent après avoir démontré la présence d'une personne interposée. C'est l'homme de paille qui masque le dirigeant occulte. Il conviendra également de mettre en évidence l'action déterminante déployée par ce dernier.

Ce dirigeant de fait occulte pourra être :

— une personne qui a investi des fonds directement ou par personne interposée dans la société et qui, pour des raisons diverses, ne souhaite pas apparaître à la tête de celle-ci,

— une personne frappée d'une interdiction d'exercer une fonction de direction, failli, étranger, frappée d'une clause de non-concurrence,

— une personne ne possédant pas les qualifications nécessaires pour exercer une profession réglementée,

— un financier souhaitant faire apparaître à la tête de son affaire des personnes avantageusement placées,

— nous citerons enfin le cas de personnes qui exercent une activité par l'intermédiaire de plusieurs sociétés dans le but d'organiser leur insolvabilité ou de passer au travers des règles fiscales.

Nous pourrions, bien entendu, poursuivre cette énumération. Nous avons seulement voulu ici rappeler les cas les plus fréquemment rencontrés.

Que va faire l'expert-comptable judiciaire devant ce problème ?

La recherche et la démonstration de l'existence d'un dirigeant de fait occulte sont délicates. L'expert devra d'abord être attentif à tout indice susceptible de permettre de déceler sa présence, questionner tous sachants, salariés, banquiers, fournisseurs, clients, etc. Ces indices seront ensuite confrontés et confirmés éventuellement par les constatations faites en comptabilité.

Les indices apparaîtront par l'examen critique de la conduite de la politique générale de la société :

— qui est à la base des grandes options prises par la société ?

— grâce à quels moyens la société a-t-elle pu survivre ? présence occulte d'un financier ;

— raisons d'exister de cette société :

- *liens à caractère juridique,*
- *relations commerciales,*
- *ou même encore, relations ou raisons d'ordre politique.*

Les présomptions établies, l'expert-comptable judiciaire devra les démontrer.

Démontrer, dans ce cas, c'est d'abord rechercher l'intérêt que peuvent retirer de leur action les personnes qualifiées de dirigeants occultes. Cet intérêt est confirmé par les informations recueillies dans la comptabilité telles que :

— des appointements d'un salarié bien supérieurs à ceux du dirigeant de droit,

— des rémunérations telles que : honoraires, brevets d'inventions ou commissions, largement versées par la société à telle ou telle personne,

— l'immixtion dans les circuits commerciaux et le libre accès aux informations,

— l'existence de relations bancaires qui prennent généralement la forme de cautions,

— l'expert-comptable recherchera également le bien fondé des pratiques commerciales avec tel ou tel fournisseur.

II. — L'ACTIVITE ET LA DILIGENCE NECESSAIRES DES DIRIGEANTS

La sévérité des deux premiers alinéas de l'article 99 *paraît être quelque peu atténuée par le troisième alinéa de cet article qui indique que « 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 ».*

Le risque est bien inhérent à toute forme d'entreprise humaine. Même le paisible pêcheur à la ligne le sait : il risque l'insolation et, dans le pire des cas, il risque de ne prendre aucun poisson.

Cependant, dans ces deux issues extrêmes, le pêcheur ne fait de tort à personne, il ne lèse aucun tiers.

Il n'en va pas de même du dirigeant visé par l'article 99 *qui, dans sa chute, peut entraîner des fournisseurs, des sous-traitants, le personnel de son entreprise, voire même une banque.*

On comprend dès lors le principe du renversement de la charge de la preuve, qui revient au dirigeant impliqué : ayant davantage de droits que le pêcheur à la ligne, n'est-il pas équitable de lui demander de rendre à la justice et aux partenaires avec lesquels il a traité davantage de comptes ? La Bible le disait déjà fort bien : « A qui on aura donné beaucoup, il sera beaucoup demandé, et à qui on aura confié beaucoup on réclamera davantage. » (*Saint Luc* 12-48.)

Le dirigeant de société recevant notamment de la loi du 24 *juillet* 1966 *sur les sociétés commerciales les pouvoirs les plus étendus, n'est-il pas normal qu'une loi contemporaine, celle du* 13 *juillet* 1967, *lui demande de rendre compte de l'usage qu'il aura fait de ces larges pouvoirs ? A cet égard, le même parallélisme — bien qu'atténué — pouvait être constaté entre la loi du* 24 *juillet* 1867 *et la loi du* 16 *novembre* 1940 *dans son article* 4.

Quelles sont les activités et diligences dont le dirigeant devra faire la preuve ?

Pourra-t-il dégager sa responsabilité en établissant qu'il ne passait point ses matinées sur des parcours

de golf ou qu'il n'a pas une paire de skis prête en permanence dans quelque village de montagne ?

Cela ne sera probablement pas suffisant : l'activité et les diligences professionnelles ne se définissent pas seulement par une absence de loisirs.

Mon confrère Henrot a exposé que la notion de diligence normale pour un dirigeant d'entreprise n'a jamais été définie avec précision.

C'est qu'en effet la vie économique et commerciale se plie mal aux normes et aux standards : la multiplicité des situations commerciales, l'évolution rapide de la conjoncture et des législations nationales et étrangères imposent au dirigeant d'entreprise une adaptation permanente à toutes sortes d'agressions extérieures (par exemple : évolution subite du cours du dollar, pressions des syndicats, etc.).

D'ailleurs, s'il y a de plus en plus d'écoles de gestion, force est de constater qu'il n'existe pas de code de bonne gestion. Il existe, certes, des garde-fous légaux, tel que l'article 241 de la loi sur les sociétés commerciales, qui oblige les sociétés, lorsque l'actif net est devenu inférieur au quart du capital social, à envisager certaines dispositions et à un minimum d'information aux tiers.

Mais le fait de ne pas avoir perdu plus des trois quarts de son capital ne saurait suffire à faire du dirigeant un gestionnaire exemplaire. Et inversement, un gestionnaire éprouvé peut avoir, en peu de temps, accumulé des pertes supérieures aux trois quarts du capital par le seul effet d'événements extérieurs à sa volonté : hausse rapide de sa matière première de base, décision gouvernementale mettant en péril son équilibre financier (embargo, par exemple, à l'exportation de tel type de radar vers telle zone géographique mondiale).

C'est pour ces raisons tenant à la complexité de la vie des affaires que l'expert se verra fréquemment confier la recherche de tous éléments permettant au tribunal d'apprécier si les dirigeants ont satisfait à leurs obligations, compte tenu du contexte dans lequel ils se trouvaient placés.

Quelle démarche pourra, dès lors, suivre l'expert pour faire apparaître l'activité et les diligences déployées par le dirigeant ?

Il semble que l'attitude la plus logique consisterait à démontrer, pas à pas, le processus catastrophique qui a fini par mener à l'état de cessation des paiements. L'expert retracera l'historique de la société au cours des années définies dans sa mission et, à l'aide de chiffres caractéristiques, fera ressortir ce qu'ont été les principaux tournants de la vie de l'entreprise (évolution du chiffre d'affaires, du stock, de la trésorerie, etc.).

L'expert examinera quelles ont été les décisions prises, les décisions omises, les actes imposés par l'événement extérieur, etc., à chacune des étapes essentielles de la vie de l'entreprise.

Ne disposant pas de critères officiels auxquels on reconnaît la bonne gestion, l'expert recherchera, à la lumière du bon sens si, en chacune des circonstances de la vie sociale, le dirigeant s'est comporté en « bon père de famille ». C'est-à-dire : n'a-t-il pas pris de décisions ou d'engagements disproportionnés avec les capacités de l'entreprise ? Le dirigeant n'a-t-il pas procédé à des investissements hors de mesure avec les marchés de son entreprise ou avec sa capacité financière ? N'a-t-il pas embauché un nombre de personnes tout à fait excédentaire par rapport à la capacité de production de l'usine ou par rapport à la demande de la clientèle ?

Comme on le voit, l'expert vérifiera, à travers les grandes décisions prises par le dirigeant, si son souci des grands équilibres au sein de l'entreprise a été permanent :

— fonds propres par rapport aux capitaux d'emprunt,

— dettes à long terme par rapport aux dettes à court terme,

— investissements par rapport aux ressources de financement,

— rémunérations allouées et frais généraux par rapport à la capacité bénéficiaire de l'entreprise,

— commandes acceptées par rapport à la capacité de production et par rapport aux effectifs,

— prix de vente par rapport aux prix de revient, etc.

L'énumération pourrait n'avoir pas de limite et il viendra à l'esprit de chacun ici des exemples d'équilibres financiers ou de production qu'il est vital pour l'entreprise de respecter.

L'expert recherchera également si l'activité du dirigeant n'a pas été détournée de son objet par des intérêts qu'il aurait pu avoir à l'extérieur de l'entreprise, notamment intérêts personnels ou familiaux dans d'autres entreprises, appartenance à une municipalité par ailleurs cliente de l'entreprise, etc.

Bien entendu, l'expert s'interrogera, à propos de certains événements extérieurs à l'entreprise pour savoir s'ils étaient totalement imprévisibles ou si un surcroît de diligence de la part du dirigeant n'aurait pas permis d'en atténuer les effets désastreux.

S'il peut être a priori admis que le départ précipité du Chah d'Iran et l'annulation de contrats ou le gel des créances qui ont suivi ont constitué des événements tout à fait imprévisibles et imparables, en irait-il de même du dépôt de bilan de l'un des principaux clients de l'entreprise ?

L'expert devra dans un tel cas rechercher si le dirigeant n'a pas été averti par des signes avant-coureurs tels que :

— demandes de prorogations d'échéances ou traites à l'acceptation non retournées, premiers impayés annonciateurs d'une déroute prochaine,

— le dirigeant s'est-il régulièrement tenu informé de la situation financière de ce client : renseignements bancaires habituels, communication des documents financiers déposés au registre du commerce ?

— une assurance-crédit avait-elle été demandée ?

— les engagements et risques pris sur ce client n'étaient-ils pas hors de proportion avec les engagements pris par ailleurs sur les autres clients ?

— la durée du crédit accordée à ce client était-elle conforme aux usages commerciaux ?

Là aussi l'expert devra faire preuve d'imagination dans sa démarche et devra innover lors de chaque mission : ce type de mission se prête mal au prêt-à-porter des questionnaires standards et relève davantage de la confection sur mesure.

Ainsi, la mission confiée à l'expert lui demandera, après avoir procédé à un véritable diagnostic des événements qui ont conduit l'entreprise à la cessation des paiements, de mettre en relief les diligences qui ont été exercées par le ou les dirigeants impliqués, le

degré d'attention qu'ils ont porté aux affaires sociales dans les diverses circonstances de la vie de l'entreprise ainsi que les manquements éventuellement relevés aux règles tacites, mais de bon sens, d'une « gestion de bon père de famille ».

III. — LES FAUTES DES DIRIGEANTS

Les recherches qui viennent d'être énumérées devraient permettre à l'expert de faire ressortir les manquements qui peuvent être considérés comme une faute par le tribunal.

Là encore, et afin de mettre en évidence la faute, l'expert devra puiser toutes informations utiles dans les éléments comptables sur la base des investigations les plus larges possibles (comptabilité générale — notamment écritures dites d'opérations diverses — correspondance, informations communiquées par des tiers, etc.). L'expert consultera le dossier juridique de la société (procès-verbaux des délibérations tant du Conseil que des Assemblées ainsi que les rapports du commissaire aux comptes) ; il s'attachera à comprendre les raisons profondes qui ont conduit les dirigeants à prendre certaines décisions au moment où ils les ont prises (ou celles qu'ils ont omis de prendre). Pour cela, il questionnera tous les tiers intéressés.

La faute peut d'ailleurs être :

3.1. *soit une action dite* active : *il s'agit dans ce cas d'une action qui s'est avérée dommageable pour la société du fait de choix malheureux ou dangereux. A titre d'exemples, nous pouvons citer :*

- *la connaissance de la perte, la distribution de dividendes et jetons de présence et le service d'intérêts aux comptes courants : le dirigeant a profité d'une situation surabondante inexacte alors qu'il connaissait la situation réelle et n'a rien fait pour la redresser,*
- *des initiatives dangereuses prises par le dirigeant qui a effectué des investissements importants faisant appel pour leur financement à une part trop faible d'emprunts à long terme (12 % du total investi). Le financement s'est donc effectué sur les fonds propres et a ainsi aggravé le déséquilibre financier,*
- *des manques à gagner sur des marchés et la non-application des conventions de ripage,*
- *un plan de sauvegarde utopique (Tribunal de Commerce de Paris, 11 juin 1979),*
- *une comptabilité tenue de façon très sommaire (recettes, dépenses) prouvant « l'incompétence des dirigeants en matière financière »,*
- *des erreurs dans la tenue de la comptabilité,*
- *pas de tentative d'amélioration ou de stabilisation de la situation,*
- *le successeur du dirigeant a également été inquiété parce qu'il n'a pas, préalablement à sa nomination, procédé à une enquête financière qui lui aurait montré la réalité de la situation. Il ne pouvait donc dégager sa responsabilité en prétextant qu'il avait été trompé (Tribunal de Commerce de Versailles, 24 janvier 1980),*
- *la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, dans son arrêt du 28 février 1978, a retenu que le dirigeant n'avait pas apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié car celui-ci avait commis « différentes négligences » (arrêt confirmé par celui de la Cour de Cassation du 11 février 1980, dans le cadre de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940).*

Le caractère de la faute présumée est précisé dans une note de M. le Professeur Jean-Pierre Sortais sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 6 février 1979. La présomption de faute ne peut s'appuyer que sur un caractère de « vraisemblance ». M. le Professeur Sortais semble dire que la part de la conjoncture économique est bien loin d'être négligeable et que cela « expliquerait peut-être la faible proportion des arrêts qui font effectivement application de l'article 99 ». Toutefois, lorsque l'action en complément est engagée, les juges du fond paraissent n'admettre que très rarement que la preuve contraire à la présomption ait été faite.

La recherche des fautes dans le temps a également donné lieu à une jurisprudence importante.

La présomption de faute ne peut être retenue contre le dirigeant social que jusqu'à la date de prononciation du règlement judiciaire de la société : les dettes nées postérieurement au prononcé du règlement judicaire ne peuvent être supportées personnellement par le dirigeant (Cour de Cassation - 27 février 1978, 1er arrêt).

Toutefois, la 3e Chambre de la Cour d'Appel de Paris a statué le 21 novembre 1977 en sens inverse :

1. *société en règlement judiciaire,*
2. *refus du gérant de signer un contrat de gérance libre auquel le tribunal avait donné son accord,*
3. *conversion en liquidation de biens,*
4. *gérant reconnu comme responsable.*

Par ailleurs, il a été considéré que le montant de la condamnation du dirigeant ne peut pas excéder l'insuffisance d'actif arrêtée le jour où le tribunal (ou la Cour d'Appel) a statué (Cour de Cassation - 27 février E978, 2e arrêt).

Cet arrêt n'est pas en contradiction avec le précédent de la même juridiction. L'actif et le passif à retenir sont ceux qui existent le jour où le règlement judiciaire est prononcé mais tels qu'ils sont connus le jour où le tribunal ou la Cour d'Appel se prononcent ; d'où le rôle important du syndic et de l'expert. Pour éviter ce problème d'évaluation, les tribunaux statuent souvent soit à titre provisionnel, soit en fixant la contribution du dirigeant à une proportion des dettes sociales.

Le point de départ de la prescription triennale est le jour de l'arrêté définitif de l'état des créances (Cour de Cassation - 8 janvier 1979). Auparavant, les juridictions retenaient le jour de la constatation de l'insuffisance d'actif.

3.2. *La faute peut également être une action dite* passive : *le fait de ne pas avoir accompli des diligences suffisantes au sens le plus large. A titre d'exemple, la Cour de Cassation, dans son arrêt du 20 janvier 1981, a retenu que le président-directeur général d'une société devait être condamné à combler une partie du passif de sa société déclarée en règlement judiciaire. A la suite de difficults rencontrées par la société dans ses fabrications traditionnelles, il avait voulu créer une activité nouvelle de représentation dans les pays étrangers et avait alors négligé la gestion de son entreprise, ce qui avait entraîné une baisse dans la qualité des fabrications et une baisse de clientèle. Il était donc mal fondé à prétendre qu'il avait apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires.*

IV. — CONSEQUENCES DES MANQUEMENTS OU FAUTES

Les fautes étant ainsi déterminées et démontrées, l'expert se devra également d'éclairer le tribunal sur leurs conséquences. Il s'agit pour l'expert de démontrer le lien de causalité entre la faute et le dommage et de chiffrer, dans la mesure du possible, les conséquences de chacune des fautes de manière à permettre au tribunal d'évaluer la part contributive de chacun des dirigeants. L'appréciation de la part de passif à imputer aux dirigeants et la répartition de celle-ci permet aux juges de prononcer les condamnations à leur encontre.

L'expert doit donc démontrer, dans la mesure du possible, pour chaque faute :

— la conséquence financière dommageable pour la société. En effet, certaines fautes formelles, telles que les anomalies sur le plan juridique, peuvent ne pas avoir eu de conséquences pécuniaires,

— et l'action de chaque dirigeant pour chacune de ces fautes.

A titre d'exemple, nous pouvons citer le cas du premier président d'une société condamné à verser la somme forfaitaire de 850 000 F « par suite des sommes excessives encaissées au titre d'appointements et de jetons de présence », le second président dans l'ordre chronologique ayant été condamné à verser la somme forfaitaire de 250 000 F et un administrateur le montant forfaitaire de 100 000 F (Tribunal de Commerce de Paris, 26 novembre 1979).

● *En sens inverse, un arrêt de la Cour de Cassation du 2 mai 1977 a cassé et annulé l'arrêt rendu le 25 juin 1973 par la Cour d'Appel de Montpellier qui avait condamné la gérante d'une société à supporter le quart de la dette sociale.*

— Jugement du Tribunal de Commerce de Versailles du 24 janvier 1980 : contexte : une société déclarée en état de liquidation de biens le 18 janvier 1977 avait été cédée par les consorts H. à M. B. par convention du 6 novembre 1975.

Selon le rapport de l'expert, la part de l'insuffisance d'actif imputable aux consorts H. était de	2 187 000 F
et celle imputable à M. B. de	1 714 000 F
soit au total	3 901 000 F
les condamnations ont été les suivantes :	
● *consorts H.*	840 000 F
● *M. D.*	660 000 F
Total	1 500 000 F

soit dans la même proportion que la part d'insuffisance d'actif imputable à chacun.

— Un arrêt de la Cour de Cassation du 11 février 1980 a confirmé celui de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence du 28 février 1978 qui avait condamné l'épouse d'un dirigeant décédé à supporter le passif social à concurrence de 1/10 de celui-ci.

Il apparaît donc que les tribunaux se prononcent soit pour des condamnations forfaitaires, soit pour des condamnations calculées en pourcentages.

— Un cas particulier vise l'arrêt de la Cour de Cassation du 25 octobre 1977.

Contexte : un dirigeant social condamné en comblement du passif social a fait valoir qu'il possédait une créance vis-à-vis de la société admise au passif de la liquidation de biens et qu'à ce titre, il demandait que soit opérée la compensation entre sa dette et sa créance. La Cour d'Appel de Paris, en date du 16 mai 1975, avait écarté cette demande. La Cour de Cassation, dans son arrêt du 25 octobre 1977, a confirmé ce point de vue en précisant que la compensation ne pouvait pas être effectuée puisqu'il n'existait aucune connexité résultant d'un même contrat entre la créance et la dette du dirigeant.

Les bénéficiaires de ces condamnations sont, normalement, la masse représentée par le syndic.

Toutefois, en sens contraire, il convient de signaler l'arrêt suivant :

— Cour de Cassation, 7 mai 1979 :

Suite à une action intentée dans le cadre de l'article 99, la Cour d'Appel de Paris, le 25 octobre 1977, a rejeté la demande de l'Administration fiscale qui faisait valoir sa qualité de créancier privilégié afin d'être désintéressée en priorité sur la masse. Les motifs de la décision de la Cour d'Appel ont été les suivants :

● *l'action était intentée par le syndic au nom de la masse,*

● *les versements effectués par les dirigeants appartenaient au patrimoine de la masse,*

● *le privilège ne peut être exercé que sur le patrimoine de la société.*

La Cour de Cassation a cassé cet arrêt au motif que les créanciers privilégiés font partie de la masse et que les sommes litigieuses qui représentent tout ou partie des dettes sociales doivent être réparties par le syndic entre les créanciers de la masse en tenant compte des droits de préférence qui leur ont été reconnus.

*
**

En conclusion, l'expert-comptable judiciaire se doit d'informer le tribunal pour déterminer qui a dirigé, quand, s'il a été ou non diligent, s'il a commis des fautes et si ces fautes ont conduit à des conséquences dommageables pour la société.

Les trois derniers éléments (diligences, faute et lien de causalité) de même que la notion de dirigeant de fait sont des éléments qui ne peuvent s'apprécier qu'après de longues études et investigations et la constatation de nombreux faits dont le dirigeant n'a peut-être pas toujours été maître.

En conséquence, compte tenu de ces notions un peu floues et malgré la présomption de responsabilité qui pèse sur de nombreux dirigeants, le tribunal et/ou le syndic auront tendance — avant d'intenter toute action — à demander à un expert-comptable judiciaire de réunir tous éléments de preuve pour mettre en application les dispositions de l'article 99.

La mission ainsi confiée à l'expert sur ce plan s'avère délicate et difficile. L'expert aura en effet bien souvent du mal à démontrer la présence d'un dirigeant de fait ; de même, la notion d'activité et de diligence nécessaires à la gestion des affaires sociales demeure imprécise, la démonstration de la faute étant elle-même complexe car l'expert, pour bien la qualifier, devra dans tous les cas effectuer un profond effort de réflexion et, grâce notamment aux informations communiquées par les tiers, essayer de se replacer dans la situation dans laquelle se sont trouvés les dirigeants au moment des faits constatés.

(Applaudissements.)

M. le Président Vienne. — Mesdames, Messieurs, je pense que vous vous associerez à moi pour adresser nos plus chaleureuses félicitations à M. Salato pour le caractère exhaustif du rapport qu'il vient de nous présenter quant aux devoirs de l'expert-comptable judiciaire commis en matière d'action en comblement de passif.

Mais M. le Président Ducoroy, toujours soucieux, en bon père de famille qu'il est, de votre confort, m'a fait observer qu'un rapport aussi complet risquait d'entraîner chez vous, dans la contemplation des devoirs énormes qui seront les vôtres lorsque vous serez commis en ce domaine, un cartain accablement.

C'est pourquoi il me suggère de lever immédiatement la séance afin que vous puissiez vous réconforter en déjeunant tranquillement jusqu'à 14 h 30, heure à laquelle nous reprendrons nos travaux.

Compte rendu des débats sur les trois premiers rapports présentés

M. le Président Vienne. — Nos débats vont donc commencer et je donne la parole à qui veut la prendre. Mademoiselle Doyen.

Mlle Doyen (1). — Dans la mesure où l'intervention que je me propose de faire peut avoir quelque intérêt, je crois préférable qu'elle soit liminaire.

Depuis que je sais que nous allons traiter de l'article 99, j'ai relu cet article avec le plus grand soin, et j'ai beaucoup réfléchi à sa signification.

Le texte, c'est évident, implique une présomption de faute ; mais quelle faute ? La définir est essentiel.

J'en suis venue à me demander si l'on n'avait pas glissé de la notion de faute « tout court » à la notion de faute « de gestion », de telle sorte que les dirigeants n'auraient pas seulement à prouver la réalité mais aussi la bonne qualité de leur action dans l'entreprise, ce qui n'est pas la même chose, même si la limite est parfois difficile à cerner.

Que prévoit l'article 99 en son dernier alinéa ? Il précise que « 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 nécessaire ». Remarquons qu'il est dit « la diligence », et non « les diligences » ; il y a une nuance de sens.

Ayant réfléchi à l'interprétation littérale de cette disposition, je pense que la faute présumée consiste purement et simplement dans une insuffisance d'activité et de diligence. Le texte exige que cette activité et cette diligenc soient réelles, mais n'exige pas qu'elles soient en outre efficaces, ce qui laisse une large place au droit à l'erreur.

J'entends bien, pour reprendre la remarque faite ce matin par l'un des participants, qu'il ne suffit pas, pour les dirigeants, de démontrer qu'ils étaient au bureau, et non sur les terrains de golf, mais de prouver que, pendant cette présence au bureau, ils ont exercé une réelle activité de direction. C'est là qu'il peut s'avérer parfois assez délicat de distinguer entre la preuve de l'activité « tout court », seule exigée par le texte, et la preuve d'une activité « efficace ». Il faut souligner que l'on ne dirige pas une affaire sans prendre certains risques (cela est nécessaire pour progresser), risques qu'il faut s'efforcer de limiter, afin d'éviter les catastrophes. Souvent, cela réussit ; une fois de temps en temps, cela ne réussit pas, et c'est la déconfiture.

Je me demande si les décisions de justice qui ont été analysées ce matin ne sont pas, dans une très large mesure, fondées sur une recherche du point de savoir si l'activité et la diligence ont été ou non « efficaces » plutôt que de savoir si elles ont été ou non « réelles », ce qui aboutit à une plus grande sévérité.

A ce sujet, précisons que, lorsque des missions d'expertise tendant à rechercher si l'article 99 est applicable nous sont confiées, ces missions sont souvent calquées sur celles que nous aurions eues en matière pénale ; rechercher l'importance du passif, les causes de la déconfiture, dire qui s'est effectivement occupé de la gestion.

L'expertise peut déboucher sur la constatation que l'activité et la diligence des dirigeants sociaux ont été normales, et que ces dirigeants se sont trouvés confrontés à des circonstances extérieures défavorables, ou qu'ils ont tenté une opération qui leur paraissait raisonnable, mais qui n'a pas réussi, ou pas suffisamment réussi ; l'article 99 n'est alors pas applicable. L'expertise peut aussi déboucher sur la constatation que l'activité et la diligence des dirigeants ont été insuffisantes, et que ceux-ci ne rapportent donc pas à ce sujet la preuve qui leur incombe, ce qui implique la mise en œuvre de l'article 99. Dans d'autres cas, l'expert peut constater que l'activité et la diligence ont été normales, mais que les risques pris étaient notoirement excessifs ; on peut alors se demander si ces faits ne déboucheraient pas non point sur l'article 99, mais sur l'article 1137 du Code civil, le dirigeant social n'ayant pas satisfait à l'obligation qu'il avait de veiller, en bon père de famille, à la conservation de la chose qui lui était confiée. Enfin, il se peut que l'expertise fasse découvrir des irrégularités de nature pénale, prévues par les articles 105 et suivants de la loi de 1967, et dans ce cas il n'est pas exclu qu'une information soit ouverte du chef de banqueroute simple ou frauduleuse.

L'expertise, on le voit, peut conduire à la constatation de toute une gamme de faits de plus en plus graves ; mais, pour nous en tenir à l'article 99, il reste que la preuve d'une activité et d'une diligence réelles suffisent à exclure la notion de faute, même si les décisions prises n'ont pas été les meilleures.

J'en aurai terminé avec la remarque suivante : je me demande comment les groupes trouvent encore des gens pour accepter d'être administrateurs de leurs filiales ; car, notoirement, ces administrateurs ne sont pas là pour prendre des décisions ; c'est la société-mère qui les prend à leur place, tout le monde le sait. Alors si tout va bien, ce qui est généralement le cas, tant mieux ; mais si tout ne va pas bien, ils ne pourront évidemment apporter la preuve de leur activité et de leur diligence, et leur fortune entière peut y passer !

M. le Président Vienne. — Je vous remercie, Mademoiselle.

Comme vous l'avez souligné, c'est en effet une question délicate que celle de savoir ce qu'il faut entendre par les termes « activité et déligence nécessaires ».

Par ailleurs, vous avez abordé le problème de la législation sur les groupes de sociétés que — contrairement à certains pays étrangers — notre Droit ne connaît pas et que, je pense, vous avez étudié dans l'un de vos précédents congrès.

Je regrette que le temps nous manque pour traiter de ce problème — même sous l'angle de la responsabilité de l'article 99. Cependant je pense qu'il était très utile que vous attiriez l'attention sur cet aspect de la question et je vous remercie de l'avoir fait.

M. Amalvy (2) (s'adressant à Mlle Doyen). — Je voudrais intervenir sur votre observation.

Vous avez parlé des sociétés filiales et posé la question de savoir si, lorsqu'elles sont soumises à une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens ayant fait apparaître une insuffisance d'actif, la société-mère peut être recherchée sur le fondement de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

---

(1) Expert honoraire agréé par la Cour de Cassation, Président d'honneur de la Compagnie Nationale.

(2) Conseiller à la Cour de Cassation.

La réponse est simple.

Si la société-mère ou, le cas échéant, l'un des dirigeants de celle-ci, se sont comportés en dirigeants de la société filiale, ils sont susceptibles d'être poursuivis par le syndic du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens de cette dernière et condamnés au paiement de tout ou partie de l'insuffisance d'actif apparue en qualité de dirigeants de fait de cette société, qualité dont, je le souligne, les juges du fond apprécient si elle est ou non caractérisée.

L'arrêt de la Chambre commerciale du 18 mai 1980 est très net à cet égard.

Je tiens à relever aussi que vous avez parlé de l'organisation par l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 d'une présomption de faute.

Ceci n'est pas tout à fait exact, car ce texte va beaucoup plus loin. C'est en réalité une présomption de faute et une présomption de lien de causalité, pour reprendre la formule de l'arrêt de la Chambre commerciale du 11 février 1980, qu'il prévoit et, par conséquent, c'est une présomption de responsabilité, comme l'ont dit plusieurs arrêts de cette chambre, qu'il fait peser sur les dirigeants sociaux.

Mlle Doyen. — J'ai posé la question, j'ai pensé qu'elle méritait une réponse et je vous remercie de celle que vous avez apportée.

M. Henrot (3). — Est-ce que je peux tenter de vous donner un début de réponse ?

Vous avez voulu faire une analyse grammaticale de « l'activité et la diligence nécessaires ». Ne pourrait-on considérer que l'activité est une question de quantité et la diligence une question de qualité ?

On demande au chef d'entreprise d'avoir dirigé son affaire en y consacrant suffisamment de temps et vous savez qu'on ne peut rien faire de bien si on n'y consacre pas le temps nécessaire. Mais il ne suffit pas d'être sur place, encore faut-il, problème de qualité, que ce soient de bonnes décisions qui soient prises.

Je vous propose cette interprétation, mais il n'en reste pas moins, comme vous l'avez souligné, qu'il reste difficile de définir la « faute de gestion ». Je reviens à ce que je disais ce matin, il n'y a pas de définition de la bonne gestion ; on en arrive à juger sur les résultats, alors qu'on ne sait pas ce qu'on appelle la bonne et la mauvaise gestion au moment où la décision est prise.

Mlle Doyen. — Je crois d'ailleurs que les solutions sont bonnes et je ne suis pas persuadée que le texte le soit.

M. le Président Vienne. — Au regard de l'interprète judiciaire, un texte législatif est toujours bon. Pour lui, le législateur ne peut pas se tromper.

(*Applaudissements.*)

M. le Conseiller du Pontavice.

M. du Pontavice (4). — Monsieur le Président, je vous remercie du titre que vous venez de me donner, il marque le degré d'estime que vous avez pour moi. Vous avez bien voulu m'assimiler aux personnes qui siègent à côté de vous en votre Chambre. Je remercie également aussi le président de votre Compagnie d'avoir bien voulu m'inviter une fois de plus à ce débat d'une très haute qualité intellectuelle auquel j'assistai ce matin et auquel j'assisterai encore tout au long de cette journée.

Cette journée se passe à la cour de Nancy qui est particulièrement qualifiée pour en traiter puisque c'est elle qui a décidé en 1978 qu'un banquier — c'était une filiale du Crédit Agricole — pouvait être dirigeant de fait au sens de l'article 99 — il fallait un grand courage ! Ensuite on a estimé qu'en réalité la filiale du Crédit Agricole avait bien géré en tant que dirigeant de fait et que si elle s'était immiscée dans la gestion, c'était une bonne gestion mais c'est une des rares décisions qui aient reconnu qu'un banquier pouvait être un dirigeant au sens de l'article 99 (5).

Vous savez combien la question a été agitée ; c'est un arrêt très important qui a été de la sorte rendu par cette cour.

En écoutant M. Salato, j'ai été inquiet lorsqu'il a cité les Evangiles ; j'ai en effet pensé que, pour apprécier ce que sont l'activité et la diligence du dirigeant de société, il allait nous demander de nous référer à la parole des talents (6). Le talent étant une monnaie grecque d'une grande valeur. Vous connaissez cette parabole : le maître part pour un long voyage et il laisse à trois serviteurs une somme d'argent : à l'un d'entre eux il laisse cinq talents, à l'autre deux et au troisième un talent. Celui auquel il a laissé cinq talents les fait fructifier et en obtient cinq autres ; au retour du maître il est naturellement loué ; celui à qui on a donné deux talents les fait fructifier dans des conditions encore bien meilleures que ce que l'on fait à l'heure actuelle puisqu'il en retire deux de plus. Quant à celui auquel on avait donné un talent, il revient vers son maître lorsqu'il rentre de voyage et lui dit : « Maître, vous êtes un homme âpre au gain, par conséquent le talent que vous m'avez donné, j'ai craint que les voleurs ne viennent le prendre, je l'ai enfoui dans la terre et le voici. » Or ce serviteur qui rend exactement ce qui lui avait été donné est considéré par le maître comme un mauvais serviteur et il est chassé pour ne pas avoir fait fructifier ce talent.

Or à quoi avons-nous affaire ici ? à une parabole religieuse bien entendu, mais empruntée au Code d'Hammurapi. C'était une pratique, un contrat caravanier, ensuite un contrat maritime que les Juifs connaissaient très bien par leurs voisins Phéniciens. A cette époque, quand vous receviez une somme d'argent (comme le mandataire social de la loi du 16 novembre 1940), vous deviez la faire fructifier et si vous n'arriviez pas non seulement à restituer la somme d'argent elle-même mais à remettre des intérêts élevés, il fallait justifier que votre caravane avait été interceptée par des pillards dans le désert et que vous aviez été rançonné.

C'était une pratique beaucoup plus exigeante que de nos jours et vous voyez que le malheureux dirigeant social, depuis la loi du 16 novembre 1940, est mieux traité puisque tout ce qu'on lui demande c'est de

(3) Expert près la Cour d'Appel de Metz.

(4) Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris.

(5) V. depuis lors dans le même sens, Bordeaux, 18 novembre 1981, à publier in Rev. Jurisp. Cour. 1982 avec note Cherchouly-Sicard.

(6) Mathieu, 25, 14.

rendre ce qui lui avait été remis et encore, à défaut, il se tire d'affaire en prouvant qu'il a apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires.

Mais ce n'est pas à cette parabole que vous avez fait allusion et par conséquent vous n'avez pas demandé que les mesures qui figurent dans l'article 99 soient aggravées. M. Foyer demande qu'elles soient allégées.

J'ai surtout pensé ce matin qu'il y avait une parenté entre cette action et l'action en responsabilité pénale contre le commissaire aux comptes pour non-révélation des faits délictueux. Parenté d'abord au point de vue de l'apparition de cette action en responsabilité civile que nous étudions aujourd'hui et de l'action en responsabilité pénale précitée, car dans les deux cas, du point de vue historique, ces actions sont nées à peu près à la même époque, 1935 d'un côté, 1940 de l'autre, et elles sont nées dans l'indifférence pratiquement. Je sais bien qu'au moment de la promulgation de la loi du 16 novembre 1940, on a dit qu'il y aurait une grève des P.-D.G. mais nous ne nous sommes pas encore rendu compte de cette grève et donc certainement pas en 1940 : ces mesures ont été acceptées par les milieux professionnels qui n'y ont pas fait obstacle et, les milieux professionnels, dans les deux cas, les ont acceptées car elles ont été inappliquées pendant longtemps, pendant 30 années pour chacune d'entre elles.

Le coup de tonnerre date de 1964, c'est-à-dire de l'affaire du C.N.L., pour le défaut de révélation des faits délictueux ; en ce qui concerne la loi du 19 novembre 1940, je me rappelle que dans les années 1955/1960 s'est déroulée à Paris une affaire scandaleuse où le syndic a refusé d'assigner les dirigeants en comblement du passif social sans qu'on puisse passer outre à sa carence, puisque c'est seulement la loi du 13 juillet 1967 qui a permis aux tribunaux de commerce de se saisir d'office des cas où l'action de l'article 99 aurait dû être appliquée et ne l'était pas car les syndics parisiens ne voulaient pas alors l'appliquer.

Depuis lors, bien sûr, cette action a connu une certaine application, peu tout de même statistiquement, 6,60 % des actions à Paris mais rapporté aux liquidations de biens, ce qui est intéressant, si la statistique a été faite par le Tribunal de Commerce de Paris par rapport à la liquidation des biens et s'il n'a pas été fait de statistique générale par rapport aux règlements judiciaires c'est qu'il y a très peu de règlements judiciaires à l'occasion desquels la procédure de l'article 99 est appliquée ; enfin la proportion est de 3 % pour la France, par rapport aux règlements judiciaires et liquidations des biens totalisés.

Je crois donc qu'il faut ramener à des proportions modestes cette action, d'autant plus que, comme on l'a dit ce matin, les tribunaux de commerce, en réalité, n'entrent en condamnation que si on arrive à les convaincre qu'il y a une faute, qui est une faute de gestion.

Assez curieusement du reste vous savez qu'on avait parlé à un certain moment de ce qu'on appelle maintenant l'ancien régime, de confier le droit d'intenter cette action également au parquet ; or dans la loi qui vient d'être adoptée par le Parlement, qui donne des pouvoirs considérables au parquet dans les affaires de règlement judiciaire et de liquidation des biens, on n'a pas repris en faveur des parquets ce droit d'intenter l'action fondée sur l'article 99, sans doute parce qu'on retrouvera cette question lorsque le Parlement sera appelé à réexaminer le projet de loi tendant à la prévention des difficultés des entreprises.

En ce qui concerne les raisons de cette action on a rappelé ce matin, en particulier — c'est le rapport ministériel qui est le plus caractéristique — quelles sont, pour les pouvoirs publics, les raisons qui militent pour le maintien de cette action et dans son aspect actuel et non pas son aspect allégé que préconise mon collègue Foyer.

La première raison est que cette action permet d'éviter des difficultés au moment de la restructuration ; le ministre a été très net à cet égard ; il y a une espèce de chantage de la part des pouvoirs publics : ou bien les dirigeants en place s'effacent, laissent la solution préconisée par les C.O.D.E.F.I. s'instaurer ou bien, s'ils sont très récalcitrants, on les menace de la sanction de l'action de l'article 99 ; c'est la première raison donnée par la réponse ministérielle citée ce matin.

La seconde raison, on y a fait allusion ce matin et elle est très importante : c'est que l'action prévue par l'article 99 est sans doute une action en responsabilité civile comme l'a montré la chambre commerciale de la Cour de Cassation mais c'est une action d'une nature spéciale : les juges statuent en équité, en opportunité et une décision toute récente de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, cour que M. Amalvy connaît bien, a déclaré, en laissant de côté l'un de ces administrateurs, qu'il n'était pas opportun de mettre une partie du passif à sa charge. Le terme est très important car les juges habituellement ne statuent pas en opportunité ; or la Cour d'Appel d'Aix dit que ce n'est pas « opportun » et combien de fois nous rencontrons dans cette matière l'expression : « il est équitable de... » ou « il n'est pas équitable de... ».

Cela prouve que nous sommes dans une branche un peu spéciale dont on n'a pas trouvé à l'étranger d'équivalent. C'est vrai même à l'égard de la responsabilité civile de droit commun : en Suisse, dans le droit commun de la responsabilité civile, on peut apprécier, compte tenu des ressources des responsables, qu'il est équitable de modérer les dommages et intérêts mais c'est une notion qui n'a pas cours dans notre droit de la responsabilité civile. Or, elle a cours dans ce droit très spécial de l'article 99, et même beaucoup plus largement que dans le droit commun suisse, car le juge n'est pas limité à un cas déterminé pour modérer la condamnation et il peut même exclure toute condamnation, quand bien même les conditions d'application seraient réunies. Il peut également trouver un cas d'exonération dans le fait du Prince, largement entendu (7).

Alors si nous n'avions pas l'article 99, que se passerait-il ? Avec le cartésianisme des Français, nous aurions l'action de l'article 1382 et des dirigeants sociaux seraient exposés à se voir demander la totalité du préjudice, ce qui est plus que ce qui peut être alloué aux termes de l'article 99.

(7) Tribunal de Com. Paris, 23 avril 1979, Rev. Jurisp. com. 1979, 315, note Merle. Trib. de Com. Rouen, 10 mars 1981, obs. Viandier, in Rev. fr. comptabilité, janv. 1982, p. 40.

Et puis, à côté de l'article 1382, qu'aurions-nous ? Nous aurions l'action en faillite personnelle, celle qui est instaurée par l'article 105 de la loi du 13 juillet 1967, action qui entraîne un certain nombre de déchéances. Cette action est rarissime et au cours d'un débat récent de la Conférence générale des Tribunaux de Commerce, les juges consulaires ont déclaré qu'ils étaient effrayés par cette action de l'article 105 et par conséquent qu'ils ne l'appliquaient pas. S'ils ne l'appliquent pas statistiquement aujourd'hui, c'est parce qu'il existe cette soupape de sûreté de l'article 99. Cette action se justifie donc ; je crois qu'il fallait le rappeler parce que — on y a fait allusion — c'est une action qui est très décriée en son principe ; si elle était maniée sans discernement, ce serait une action très dangereuse, mais grâce à la sagesse des juges, elle est maniée avec discernement à l'heure actuelle et elle a des motifs pour être maintenue. De toute façon il ne faut se faire aucune illusion, dans le climat actuel il n'est pas question de la supprimer ou de l'édulcorer.

Je voudrais revenir sur un certain nombre de points :

L'insuffisance d'actif : je suis les rapporteurs de ce matin, qui ont l'avantage sur moi d'être des techniciens ; lorsqu'il s'agit d'évaluer l'insuffisance par rapport à l'actif, il faut prendre garde que l'actif doit être évalué tel qu'il existe avant l'ouverture de la procédure collective ; autrement dit, il ne faut pas évaluer l'actif en valeur liquidative. Vous avez cité l'exemple de cette briqueterie qui n'a plus de valeur à partir du moment où le règlement judiciaire est engagé, vous auriez pu citer le cas des stocks qui sont difficiles à écouler. Si l'on prend les valeurs après le dépôt de bilan, le passif sera considérable, il faut donc être prudent dans ces estimations.

On a dit ce matin que l'action était fondée sur un adage aux termes duquel « le risque est la contrepartie du profit ». On a nuancé cette affirmation ensuite, et à juste titre, car la jurisprudence — que ce soit un arrêt de la chambre commerciale de 1972 ou un arrêt de la cour de Rouen que M. le Rapporteur général connaît bien — a déclaré qu'un dirigeant de société qui exerce les fonctions gratuitement est justiciable de l'action de l'article 99, bien qu'il ne retire aucun profit.

M. le Conseiller Amalvy est revenu sur le caractère de cette action et dit à bon droit que c'est une présomption de responsabilité. Je crois qu'il faut insister sur ce point qui est très important car on a comparé ce matin cette action à d'autres actions et on a ajouté : « Mais c'est une présomption de faute comme tel ou tel autre article ou comme d'autres codes en édictent », et on a dit encore : « Tel article de tel autre code déclare qu'une personne sera responsable sauf preuve du contraire. »

Ce qui importe, c'est de distinguer entre ces articles auxquels on fait allusion et celui auquel on a affaire ici car il existe ce qu'on appelle des présomptions de faute : telle personne sera présumée fautive sauf si elle fait la démonstration de son absence de faute. J'entends bien qu'une preuve négative n'est pas aisée à apporter. Mais nous sommes en l'occurrence non pas en présence d'une présomption de faute mais devant une présomption de responsabilité. Qu'est-ce que cela veut dire ? Cela signifie que la personne ne pourra s'exonérer que si elle fait la preuve qu'elle s'est trouvée dans un des cas limitativement énumérés par la loi.

C'est une présomption de responsabilité et non pas une présomption de faute, mais en droit français cette distinction est classique ; ainsi l'automobiliste qui cause un accident supporte une présomption de responsabilité ; pourquoi ? parce qu'il ne suffit pas à l'automobiliste de prouver qu'il n'a commis aucune faute, il faut qu'il prouve qu'il y a eu soit force majeure ou cas fortuit, soit faute de la victime, soit faute d'un tiers. C'est cela, la première différence entre la présomption de faute et celle de la responsabilité.

Seconde différence : la présomption de responsabilité implique la présomption d'un lien de causalité entre le fait reproché et le dommage subi ; nous avons donc affaire à une présomption de responsabilité et non de faute, ce qui est grave pour le dirigeant de société.

On a fait également allusion à un problème qui est celui de la démission du dirigeant social. Voici un dirigeant qui démissionne et qui ne prend pas garde que sa démission soit portée au registre du commerce et des sociétés. Va-t-on pouvoir lui imputer les fautes commises après son départ de la société ?

On est revenu sur ce point ce matin mais je dois signaler qu'en tout cas une décision récente de la cour de Paris (18 mars 1981) a déclaré, à mon sens justement, que dans ce domaine qui est un domaine interne et non de relations externes, peu importe que la démission n'ait pas été publiée dès lors qu'on est certain que l'intéressé ne s'est pas comporté par la suite comme dirigeant de fait, puis qu'il n'a plus pris part aux affaires sociales ; c'est le temps de cette démission même non publiée qui comptera (8).

Un autre problème est la poursuite contre les héritiers. Vous savez que l'action, qu'elle ait été intentée du vivant du dirigeant ou après le décès de celui-ci, peut l'être contre les héritiers et pour des raisons que la chambre commerciale a développées à bon droit : en droit de responsabilité ce n'est pas une sanction contre une personne et par conséquent il n'y a rien à redire à cela mais peut-être faudrait-il alors alerter les notaires qui ne semblent pas l'être et leur conseiller de demander systématiquement aux héritiers des dirigeants sociaux d'acepter les successions sous bénéfice d'inventaire avec tous les risques que cela comporte dans la pratique car il n'est pas facile d'administrer une succession sous bénéfice d'inventaire ; mais il faut se rendre compte qu'à moins qu'on ne laisse une situation florissante, les héritiers sont exposés à une action de ce genre.

Je signale que c'est la même chose pour les commissaires aux comptes ; il y a eu des actions intentées contre les héritiers de commissaires aux comptes qui se sont vu infliger de lourdes condamnations, alors qu'il faut se rendre compte qu'ils sont très mal placés. Lorsqu'il s'agit d'un dirigeant de société, déjà cela lui est difficile de faire la preuve qu'il a usé de toute l'activité et de la diligence nécessaires mais encore sait-il ce qu'il a fait. Quant aux malheureux héritiers à qui on demande de faire la preuve de la diligence de leur auteur, dirigeant la société, ils seront dans l'incapacité de le faire, de même que les héritiers des commissaires aux comptes sont incapables de le savoir.

(8) La Cour de Cassation est d'un avis différent.

Je terminerai sur le point de l'exonération par deux observations : j'ai été frappé par les observations judicieuses faites ce matin à propos des cas d'exonération. Il y a très peu de décisions publiées, on a dit ce matin que dans 90 % des cas les juges entrent en condamnation. Je n'ai pas de statistiques publiées. Il y a quand même des décisions qui ont été lues in extenso ce matin dont une a fait allusion à l'établissement d'un plan de redressement ; les juges ont été très sensibles au fait que les dirigeants sociaux avaient conçu un plan de redressement avec des simulations et que ce plan a été appliqué, car je sais très bien qu'on peut faire faire un plan par une société spécialisée et ne pas l'appliquer, mais en l'occurrence il a été fait, il a fait l'objet d'une simulation et il a été approuvé, il a réussi dans la première tranche et puis a capoté dans la deuxième tranche pour des raisons, je pense, de conjoncture nationale, etc. Alors cela peut être un des motifs de réflexion pour l'expert.

Seconde observation : on a rappelé ce matin que les membres du conseil de surveillance — je parle des sociétés anonymes — ne sont pas justiciables de l'article 99, sauf s'ils sont dirigeants de fait. J'espère très vivement que la chambre commerciale adoptera ce point de vue car je ne vois pas comment on pourrait dire juridiquement qu'ils encourent une responsabilité quelconque, sauf si c'est une responsabilité personnelle d'un membre déterminé ayant commis une faute prouvée ; toutes les attaques qu'on lance contre les conseils de surveillance sont donc dénuées de fondement.

Mais ce qui me frappe, c'est que, d'un côté, les milieux patronaux partent en guerre en permanence contre l'article 99 en disant que cela empêche de reprendre les affaires en difficulté et, d'un autre côté, ils ont à leur disposition l'outil qui doit, au moins au niveau des membres du conseil de surveillance, les rassurer : c'est la société anonyme à directoire ; elle n'a pas bonne presse en France mais il faut se rendre compte qu'elle assure aux membres du conseil de surveillance (qui, s'ils étaient administrateurs seraient totalement responsables dans une société à conseil d'administration, alors que les administrateurs ne jouent pas un autre rôle que celui des membres du conseil de surveillance), une liberté d'esprit plus grande que celle du conseil d'administration. Cela reste vrai lorsque le conseil de surveillance tient ses statuts des pouvoirs importants : je prends le cas de la société Agache-Willot : lorsque cette société a été l'objet d'instance pénale, les pouvoirs publics ont imposé sa réorganisation et en particulier sa transformation en société à directoire ; on a mis à la tête du conseil de surveillance une personne de grand prestige et on a obligé les frères Willot à insérer dans les statuts un catalogue de mesures qui imposent l'autorisation du conseil de surveillance pour prendre un certain nombre de décisions. Le conseil de surveillance a donc une importance considérable ; néanmoins il garde toute sa liberté d'esprit et de décision puisqu'il n'encourt aucune responsabilité collective aux termes de l'article 99 et je dirais que si vous regardez l'article sur la responsabilité des dirigeants sociaux — c'est un article 24e — il affirme que les membres du conseil d'administration sont responsables de leurs fautes de gestion mais qu'il n'y a aucun équivalent pour le conseil de surveillance. Je maintiens donc ce que j'ai dit, les membres du conseil de surveillance n'ont pas de responsabilité collective et c'est un avantage considérable, il y a là une attitude paradoxale de la part du milieu patronal qui, dans le cas des sociétés à reprendre, pourrait modifier les statuts de ces sociétés et aurait un avantage intéressant, résultant de la transformation en société à directoire et conseil de surveillance.

Enfin en ce qui concerne les sociétés-mères, vous y avez fait allusion tout à l'heure ; j'avais publié à la « Revue de jurisprudence sociale » une décision plus ancienne du tribunal de Commerce de Paris très intéressante sur ce point ; c'était une filiale commune de grands groupes français et le tribunal de Commerce de Paris en 1975 n'a pas hésité à retenir la responsabilité des sociétés-mères (car elles étaient plusieurs) au titre de l'article 99. Néanmoins ce genre d'action est assez rare, il faut une certaine audace de la part du syndic.

Je vous remercier, Monsieur le Président.

(*Applaudissements.*)

M. le Président Vienne. — Je vous remercie, Monsieur le Professeur, de cette intervention. Je donne maintenant la parole à M. Perdriau.

M. Perdriau (9). — Je me proposais de faire une intervention sur le rôle de la Cour de Cassation à propos de l'article 99 et je m'aperçois qu'elle répond à l'intervention de Mlle Doyen.

Cette réponse est claire : la Cour de Cassation n'a pas à se prononcer sur le point de savoir quelle est la nature ou le poids de la faute susceptible d'empêcher le dirigeant social de s'exonérer de la présomption de responsabilité qui pèse sur lui, par exemple elle n'a pas à se prononcer sur la possibilité pour ce dirigeant d'un droit à l'erreur.

L'explication de cette situation qui est assez particulière, et qui est peut-être regrettable, selon laquelle la Cour de Cassation n'a pas à jouer, à cet égard, sa mission régulatrice est la suivante :

Tous les rapports remarquables qui ont été présentés ce matin ont souligné, pour s'en réjouir, que les juridictions étaient loin de tirer tout le parti qu'elles auraient pu tirer de la présomption de l'article 99. Cette observation doit être nuancée, elle est fondée à l'égard des tribunaux et des cours d'appel, mais elle cesse de l'être au niveau de la Cour de Cassation. Je m'explique : un jugement qui dirait ceci : « Tel syndic assigne tel dirigeant et justifie d'une insuffisance d'actif de tant... le dirigeant ne fait pas la preuve qu'il a apporté à la direction des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires. Pour ce motif, condamne ce dirigeant à payer au syndic telle somme », serait, en droit, impeccable, mais il serait, en fait, assez déplorable car il importe que les décisions de justice soient comprises et si possible acceptées. Parce qu'ils ont ce souci, les juges et spécialement les juges consulaires ajoutent toujours quelque chose à une telle décision et parfois sur des pages et des pages. Or, parmi ces énonciations complémentaires, il peut y en avoir qui sont discutables ou en tout cas discutées. Il sera parlé d'une faute peut-être insuffisamment caractérisée, un document aura pu être dénaturé, il n'aura pas été répondu à des conclusions, etc. Toujours est-il qu'un pourvoi va être formé. Que fera la Chambre Commerciale ? Elle relèvera que la Cour d'Appel a dit quelque part ou a

(9) Conseiller à la Cour de Cassation.

fait ressortir dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des preuves, que le dirigeant n'a pas démontré qu'il avait apporté à la gestion des affaires sociales la diligence et l'activité nécessaires. Elle tiendra tout ce qui est dit par ailleurs pour surabondant et rejettera tous les griefs qui attaquent ce surplus sans avoir à se prononcer sur le point de savoir si la faute qui a pu être retenue par le Tribunal ou la Cour d'Appel était une faute de gestion ou non ; elle n'aura pas à se prononcer sur la faute ; elle appliquera strictement la présomption contenue dans l'article 99. C'est ce qui la différencie de ce que font les autres juridictions. C'est aussi ce qui explique pourquoi les pourvois formés par les dirigeants ont, en général, peu de chances de succès.

Je dois ajouter que pareillement ceux formés par les syndics n'en ont guère davantage, mais pour une autre raison, lorsqu'il est reproché à une Cour d'Appel de ne pas avoir condamné un dirigeant au paiement des dettes sociales ou d'avoir prononcé une condamnation insuffisante. Il pourra être répondu simplement, sans qu'il soit pris parti sur un « droit à l'erreur », qu'il était loisible aux juges du fond de statuer comme ils l'ont fait parce que l'article 99 avec les mots : « Le Tribunal **peut** décider, etc. » ouvre une faculté et n'impose jamais une obligation. A cet égard, le pouvoir des juges du fond est non pas souverain mais discrétionnaire.

M. le Président Vienne. — Je vous remercie parce que je pense qu'il était utile qu'il soit bien précisé dès l'abord la position de la Cour de Cassation tant en ce qui concerne le rejet du pourvoi formé par les dirigeants sociaux contre un arrêt leur appliquant l'article 99, que le rejet — il en existe des cas, Monsieur le Professeur — du pourvoi formé contre un arrêt écartant la demande du syndic. Nous avons pris dans les deux cas la position qui vient d'être indiquée par M. Perdriau.

M. Amalvy. — Bien que la Chambre commerciale ne se soit pas prononcée sur le point de savoir si les membres du conseil de surveillance doivent être ou non considérée comme des dirigeants sociaux, je tiens personnellement pour acquis qu'ils ne peuvent être considérés comme tels, ceci à la suite notamment des échanges de vue approfondis qui ont précédé l'examen par cette Chambre des pourvois formés contre l'arrêt par lequel la Cour d'Appel de Paris avait statué sur les poursuites engagées, en application de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, par les syndics de la liquidation des biens de la société « Construction moderne française » (C.M.F.) contre les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance de cette société.

Je précise que les pourvois auxquels je viens de faire allusion ont fait l'objet d'un arrêt de rejet du 9 mai 1978.

Une autre question a été agitée il y a quelques instants.

A quelle date les dirigeants sociaux démissionnaires doivent-ils, pour l'application du texte qui nous occupe, être considérés comme ayant quitté leurs fonctions ?

J'ai tendance à considérer que c'est seulement lorsqu'il a été procédé à la publicité destinée à porter leur démission à la connaissance des tiers. Il faut, en effet, lorsqu'une publicité est organisée, tirer toutes les conséquences des carences et défaillances constatées.

Certes la question est encore controversée, mais la Chambre commerciale me paraît avoir montré la bonne voie dans son arrêt du 20 octobre 1969.

M. le Président Vienne. — Merci, Monsieur le Conseiller. Il me semble que la jurisprudence de la Chambre commerciale que vous évoquez est assez rationnelle car à quoi sert la publicité sinon à rendre les démissions opposables aux tiers. Si la publicité n'a pas été faite, comment une démission leur serait-elle opposable ? Il me semble que le raisonnement est impeccable.

M. Breval (10). — Je voudrais simplement, mesdames, messieurs, vous faire part d'une réflexion.

Il vient d'être rappelé la discordance qui existe entre la rigueur du texte et l'application beaucoup moins stricte qui en est faite par la jurisprudence.

Je pense que l'explication de cette discordance peut être trouvée dans l'évolution de la situation depuis que ces textes ont été votés. En effet, leur origine est ancienne, puisqu'elle remonte à quarante ans, et leur dernière modification date déjà à quatorze ans.

Pendant ces quatorze années, la situation économique a profondément évolué : il s'est produit le « choc pétrolier », la crise, le chômage, et alors qu'en 1967, l'argumentation d'un chef d'entreprise qui aurait déclaré « je ne pouvais pas arrêter l'exploitation parce que je ne voulais pas licencier le personnel » n'aurait pas été admise ou n'aurait reçu que peu de considération, elle pèse aujourd'hui d'un poids beaucoup plus grand.

Cela peut expliquer la tendance actuelle de la jurisprudence et aussi illustrer les bienfaits de celle-ci, qui suit plus facilement l'évolution des mœurs et des événements, tandis que la loi reste stable et est plus difficile à modifier.

Tel est l'objet de ma réflexion.

(*Applaudissements.*)

M. le Président Vienne. — Je vous remercie.

M. Amalvy. — Je ne suis pas sûr, monsieur, que ce soit là la raison du comportement des juges du fond.

Le dirigeant social qui est poursuivi sur le fondement de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 va, s'il entend s'exonérer de la présomption de responsabilité que ce texte fait peser sur lui, s'efforcer d'établir qu'il a apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires. Pour y parvenir, il soumettra à ses juges un ensemble d'éléments d'appréciation, souvent fort complexes, je parle là d'expérience, qu'il accompagnera, la plupart du temps, de commentaires ou de considérations tendant à présenter son comportement, face aux difficultés qu'a connues la société, sous le jour lui étant le plus favorable. La question se pose alors aux juges de savoir si ce dirigeant a ou non rapporté la preuve qui lui incombe.

Il est quelquefois difficile d'en décider.

Les juges du fond ont donc préféré rechercher si les dirigeants sociaux n'ont pas commis de fautes leur permettant, dans l'affirmative, de rejeter leurs

(10) Expert agréé par la Cour de Cassation.

prétentions en déclarant qu'ils ne se dégagent pas de la présomption de responsabilité dont ils sont grevés, en raison des fautes dans la gestion de la société relevées à leur encontre.

La chose est d'autant plus aisée qu'il n'est pas besoin que les fautes retenues soient unies par un lien de causalité avec l'insuffisance d'actif constatée ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence très ferme de la Chambre commerciale.

Il est certain, en effet, que le dirigeant social ne peut prétendre qu'il a apporté à la gestion des affaires de la société toute l'activité et la diligence nécessaires dès lors qu'une ou plusieurs fautes de gestion sont établies à son encontre.

Ainsi l'habitude a été prise par les juges du fond de ne pas s'arrêter au simple jeu de la présomption de responsabilité organisée par l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 mais d'examiner le comportement des dirigeants sociaux et de retenir leurs fautes de gestion pour en conclure qu'ils n'ont pas fait la preuve qui leur aurait permis d'échapper à cette présomption.

M. le Président Vienne. — Je vous remercie de votre intervention. Je pense que vous avez raison tous les deux. Vous avez raison, monsieur, de dire que la modification de la situation économique a été pour quelque chose dans cette prolixité des juges lorsqu'ils appliquent l'article 99 et vous avez raison, cher ami, de dire que dès l'origine il y a eu cette tendance louable des juges du fond à expliciter la faute, mais je crois que cette tendance a été confortée par l'évolution de la situation économique à laquelle vous faisiez allusion.

Je crois que M. Dana a demandé la parole.

M. Dana (11). — J'adhère totalement avec les arguments invoqués par M. le Conseiller Amalvy quant à cette explication qui facilite le rôle des juges au fond. Cependant, dans le jugement rendu par le Tribunal de Commerce de Tours que j'ai évoqué ce matin, la formulation semble quand même surprenante. Il y est mentionné que :

« Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, la responsabilité des dirigeants ne peut être retenue qu'à la condition que le syndic apporte, à l'appui de sa demande, des éléments relativement précis établissant que les dirigeants n'ont pas respecté l'obligation de... etc. »

Il semble donc qu'il y ait, tout au moins dans ce jugement, un renversement de la charge de la preuve. On ne dit pas que les dirigeants n'ont pas à apporter la preuve mais que c'est au syndic à apporter ladite preuve.

M. Amalvy. — Comme je l'ai déjà indiqué, lorsque le règlement judiciaire de la liquidation des biens d'une société a fait apparaître une insuffisance d'actif, le syndic de cette procédure collective est en droit d'agir contre eux en paiement de tout ou partie de cette insuffisance d'actif en se prévalant à leur encontre de la présomption de responsabilité qu'édicte l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

C'est à ces dirigeants sociaux à tenter de faire échec à l'application de cette présomption en prouvant qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires et ils échoueront dans leur tentative si une ou plusieurs fautes de gestion sont établies à leur encontre.

Voilà comment est utilisé dans la pratique judiciaire le texte qui nous occupe.

Bien sûr, il n'est pas interdit à un syndic d'attraire en justice les dirigeants sociaux et de déclarer simplement, après avoir démontré l'existence d'une insuffisance d'actif, que ces dirigeants sont légalement responsables de celle-ci sauf à eux à rapporter la preuve leur permettant de se dégager de cette présomption. Force est cependant de constater qu'il est extrêmement rare de voir un syndic se comporter de la sorte et une juridiction accueillir sa demande sans autre explication, même en cas de défaillance devant elle des dirigeants sociaux.

M. Dana. — Comment un jugement qui se base sur un texte qui n'est pas le texte légal peut-il rejeter les demandes du syndic, parce que ce dernier n'a pas apporté une preuve, alors que c'est le contraire ? Comment un texte comme celui-ci n'est-il pas sanctionné ?

M. Amalvy. — L'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 est très inégalement mis en œuvre.

Il est certains tribunaux de commerce qui ne sont pas favorables à son application. L'on constate alors que les syndics désignés par ces tribunaux hésitent à agir devant eux sur le fondement de ce texte et que, s'ils le font, c'est seulement devant la Cour d'Appel que s'ouvrira un véritable débat au cours duquel le comportement des dirigeants sociaux sera examiné comme il doit l'être, ceci, bien entendu, pourvu que le syndic, débouté par les premiers juges ou n'ayant obtenu qu'une condamnation insuffisante des dirigeants sociaux recherchés, use de la voie de l'appel, ce qu'il aura tendance à ne point faire pour éviter de prendre une position opposée à celle des magistrats consulaires avec lesquels il est quotidiennement en rapport.

M. Perdriau. — Certains syndics la tirent.

M. le Président Vienne. — Monsieur Le Querré.

M. Le Querré. — Je voudrais poser une question moins importante que celles qui ont déjà été posées.

Les syndics semblent, d'après les statistiques, hésiter à engager l'action de l'article 99. Est-ce qu'un créancier ne pourrait pas mettre en cause la responsabilité du syndic si celui-ci refusait de l'intenter ?

M. le Président Vienne. — C'est une question très intéressante en effet.

Monsieur le Professeur du Pontavice, pensez-vous que le syndic qui, mise à part la faculté pour le tribunal de saisir d'office, a seul qualité pour mettre en œuvre l'article 99, pensez-vous que ce syndic pourrait se voir reprocher son inaction par un créancier qui lui dirait en somme : « En n'agissant pas, vous avez commis une faute et je vous demande réparation du préjudice que vous m'avez ainsi causé. En effet, l'insuffisance d'actif aurait pu être comblée, en tout ou en partie et, moi, j'aurais reçu une part de la manne dont aurait ainsi bénéficié la masse » ?

(11) Expert près la Cour d'Appel de Paris.

M. du Pontavice. — Je ne réponds que parce que vous m'avez interrogé, puisque vous me provoquez ; il est vrai que, si la doctrine ne prenait pas la parole, elle ne l'aurait jamais. Je pense que dans un cas de ce genre, très intéressant, si l'affaire était nettement caractérisée, si véritablement il y avait eu des fautes graves de gestion, on pourrait penser que le syndic engagerait sa responsabilité personnelle. Le syndic engagerait sa responsabilité personnelle pour ne pas avoir intenté une action de ce genre si le tribunal de grande instance estimait que le syndic aurait dû le faire.

Par conséquent, dans un cas de ce genre, l'action en responsabilité civile du syndic pourrait être engagée devant le tribunal de grande instance et celui-ci aurait à apprécier s'il y avait véritablement dans ce cas des chances sérieuses de succès ; je suppose que le délai est expiré sans que le syndic ait agi et je pense que le tribunal aurait à apprécier. C'est une question de fait et je ne vois pas comment on pourrait échapper à la discussion.

M. Ducoroy. — En évoquant la carence du tribunal ?

M. du Pontavice. — Non, il est rappelé que le tribunal « peut » ; il a toujours une faculté, on ne pourrait donc pas évoquer la carence du tribunal mais on pourrait évoquer celle du syndic.

M. Perdriau. — Une autre solution, c'est d'obtenir le remplacement du syndic par un autre plus diligent.

M. du Pontavice. — On peut alerter aussi le tribunal de commerce pour qu'il se saisisse de l'action.

Puisque vous avez bien voulu me donner la parole, je demanderai d'user du « droit de réponse », à propos de la démission. Je connaissais les arrêts de la chambre commerciale mais je pensais plus courtois d'invoquer un arrêt de la cour de Paris que j'approuve, plutôt que de faire allusion aux deux arrêts de la chambre commerciale pour les critiquer.

Ce que je pense personnellement, c'est que l'action fondée sur l'article 99 constitue une action en responsabilité spéciale. Je vous rappelle que s'agissant de savoir si c'est une action en responsabilité qui relevait de la compétence de Bruxelles sur la compétence de 1968, la Cour de Justice des Communautés européennes a déclaré que l'action en paiement des dettes sociales sur le fondement de l'article 99 n'était pas une action en responsabilité et que, par conséquent, elle n'entrait pas dans la catégorie des actions justiciables de la convention de 1968. C'est donc une action d'un caractère un peu particulier puisqu'aux termes de l'article 99 le dirigeant, pour dégager sa responsabilité, doit faire la preuve qu'il a apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires.

Dans le cas envisagé, le dirigeant donne sa démission, il est constaté qu'il ne s'est plus occupé des affaires sociales ensuite (s'il s'en est occupé, cela tomberait sous le coup de l'article 99, donc la question n'aurait plus aucun intérêt) ; mais il a pris l'initiative de se démettre et ne reste pas comme dirigeant de fait. Or la société — ce qui arrive très souvent en cette période — n'est plus administrée ou est mal administrée. Si, à ce moment-là, le dirigeant n'a pas pris garde, comme il pouvait le faire, à ce que sa démission soit publiée, de deux choses l'une : ou bien — et c'est personnellement ce que je pense — on pourrait dire — si je reprends l'argument de la cour de Paris — « peu importe que la démission n'ait pas été publiée » ou bien il faudra constater, par hypothèse, que n'étant plus en place, il a apporté toute la diligence nécessaire pendant qu'il était en place et quand il n'y était plus n'avait plus à faire cette preuve, sinon, et alors que précisément on a voulu humaniser cette action, qu'on y a parfaitement réussi à votre niveau, au niveau des Cours d'Appel et des tribunaux de commerce, sauf quelques erreurs, on tomberait dans l'hypocrisie en exigeant du président que sa démission ait été publiée ; en effet, voilà un président qui n'a plus rien fait dans la société, croyant qu'il n'avait plus rien à y faire (car, s'il n'avait pas donné sa démission, il faudrait lui reprocher son inactivité), mais il a été victime du fait que son successeur n'a pas agi auprès du tribunal de commerce. On tomberait dans l'hypocrisie en réclamant la publication.

Vos arguments sont donc parfaitement défendables mais je préfère la solution qui a été celle de la cour de Paris, sans pour autant contester la justesse de vos appréciations, monsieur le Président.

M. Amalvy. — C'est un fait souvent constaté que beaucoup de sociétés et particulièrement les petites sociétés sont dirigées par d'autres personnes que celles qui ont été nommées à cet effet et qui figurent comme telles dans la publicité à laquelle il a été procédé.

L'examen de nombreuses procédures engagées sur le fondement de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 ne dément pas cette constatation et l'on est frappé par le chiffre élevé de dirigeants de fait qui sont poursuivis en même temps que les dirigeants de droit dont ils ont partagé les pouvoirs leur étant dévolus ou les ont exercé à leurs lieu et place.

Il n'y a pas lieu, par ailleurs, de revenir sur ce qui a déjà été dit concernant la situation du dirigeant de droit dont la démission n'a pas été régulièrement publiée et les inconvénients qui peuvent en résulter pour lui si la société est par la suite soumise à une procédure collective faisant apparaître une insuffisance d'actif.

M. le Président Vienne. — Je voudrais revenir à la question posée tout à l'heure au sujet d'une éventuelle mise en cause de la responsabilité du syndic en raison de son inaction, car elle me semble intéressante et délicate.

Ne pensez-vous pas, monsieur le Professeur, que ce créancier qui se rappelle soudain qu'il existe un article 1382 dans le Code civil, pour l'invoquer contre le syndic, ne pourrait pas s'en souvenir plus tôt pour introduire, sur le fondement de ce texte, une action en responsabilité de droit commun contre le dirigeant social incriminé, puisque, n'est-il pas vrai, la responsabilité de l'article 99 n'élimine pas celle de l'article 1382 ?

Certes, les conditions du succès de l'action ne sont pas les mêmes puisque les unes sont du domaine de la présomption et les autres du domaine de la preuve.

Mais alors, ne faudrait-il pas exiger, pour que le créancier puisse agir contre le syndic, qu'il ait d'abord échoué dans son action contre le dirigeant, faute par lui de faire sa preuve ?

En définitive, tout ceci semble d'une telle complexité que celle-ci risque d'éliminer pratiquement tout re-

cours, peut-être théoriquement possible, contre le syndic.

Messieurs, j'écoute vos demandes.

M. Pouilly (12). — J'aurais voulu qu'on évoque le paradoxe de l'application de l'article 99 aux dirigeants de fait. Lorsque les dirigeants de fait ou les prétendus dirigeants de fait sont recherchés en application de l'article 99, que doivent-ils faire pour leur défense ? D'abord ils doivent essayer de démontrer qu'ils n'étaient pas dirigeants de fait et qu'ils n'avaient à exercer aucune des diligences nécessaires et, accessoirement, subsidiairement, s'ils devaient être reconnus comme dirigeants de fait, il leur faut, en même temps, prouver qu'ils ont exercé les mêmes diligences. C'est une situation paradoxale comme il n'en existe que quelques-unes dans le droit français ; mais cela est absurde.

Ce n'est pas une hypothèse d'école, mon ami Jean Clara et moi connaissons actuellement un cas qui s'assimile à cet exemple.

Je voudrais dire que ceci n'est pas de nature à nous faciliter la tâche, quand nous sommes appelés à des missions dans de tels cas et, en particulier, lorsqu'on nous demande de déterminer si Untel ou Untel a été dirigeant de fait d'une société. Je me demande, pour ma part, si c'est bien de notre compétence et si nous pouvons accepter de telles missions.

J'irai plus loin, je pense que nous sommes des techniciens susceptibles d'analyser des situations financières, de présenter les conséquences d'une gestion. Mais, je vous prie de m'excuser, mes chers amis, j'ai relevé dans vos conclusions de ce matin qu'on va demander à l'expert de dire qui a géré, comment il a géré, quelles en ont été les conséquences. Je suis prêt, pour ma part, à déterminer les conséquences d'une gestion, mais je me déclare incompétent et en même temps très inquiet si je devais, en qualité d'expert judiciaire, dire qui a été dirigeant de fait et apprécier la qualité de sa gestion.

(*Applaudissements.*)

M. le Président Vienne. — Merci. Monsieur Clara.

M. Clara (13). — Je voudrais apporter une précision sur le cas que notre ami Pouilly vient d'évoquer et faire une petite correction. En fait, la mission n'est pas de rechercher s'il s'agit de dirigeants de fait mais de dire quels sont les faits qui ont été susceptibles d'entraîner la catastrophe et surtout de dire quels sont les agissements qui ont été bénéfiques ou maléfiques à la société et ce n'est pas si facile à démontrer.

M. le Président Vienne. — Mademoiselle Doyen.

Mlle Doyen. — Je pense au cas du banquier qui a pu pousser une société à prendre une décision. Si, considéré comme dirigeant de fait, il est estimé responsable de la déconfiture, il va tenter de démontrer qu'il n'a pas participé à la gestion. Mais si, son argumentation n'étant pas retenue, une partie du passif est mise à sa charge en application de l'article 99, il ne pourra évidemment pas se contredire et prétendre avoir apporté à la gestion toute l'activité nécessaire. Ce cas est à rapprocher de celui évoqué par M. Pouilly il y a un instant.

M. le Président Vienne. — Merci, mademoiselle.

Monsieur Thorin.

M. Thorin (14). — Je voudrais dire, en réponse à la question posée tout à l'heure, que la notion de dirigeant de droit ou de fait soulève un problème beaucoup plus général. Nous avons souvent également à dire qui est dirigeant de droit et qui est dirigeant de fait en matière de banqueroute, c'est un problème qui peut être résolu au niveau de l'expertise comptable judiciaire. De quelle manière ? On ne nous demande pas de déterminer dans quelle mesure et pendant combien d'heures et de minutes M. Untel a dirigé ou si ce dirigeant passait ou non son temps sur les terrains de golf !

Il y a un certain nombre de faits qui nous permettent de renseigner la juridiction intéressée. Puisque la comptabilité est l'enregistrement de faits, nous en retrouvons les traces dans les livres et nous devons indiquer ceux qui concourent à dire que M. X. ou Y. a été un dirigeant de fait.

M. le Président Vienne. — Merci, monsieur Thorin.

Monsieur Perdriau.

M. Perdriau. — Le paradoxe dénoncé, à mes yeux, n'existe pas. Bien sûr, la défense principale et la défense subsidiaire sont incompatibles, elles s'excluent l'une l'autre. Pour ce qui est de la possibilité que des banquiers soient considérés comme dirigeants de fait, il importe de souligner, qu'à ma connaissance, aucun n'a été condamné jusqu'à présent à ce seul titre.

M. le Président Vienne. — Je voudrais répondre à M. Pouilly au sujet du paradoxe qu'il invoque. Il me semble, comme à M. Perdriau, qu'en réalité le paradoxe n'existe pas. En effet, ce n'est pas au défendeur à l'article 99 de prouver qu'il n'était pas dirigeant de fait.

Heureusement, la présomption de cet article ne s'étend pas jusque-là. C'est au contraire au syndic à établir qu'il en est ainsi. Et je ne vois pas en quoi, lorsqu'il peut y avoir doute sur ce point, les recherches à faire par l'expert-comptable judiciaire, à savoir celles des actes accomplis par l'intéressé, pourraient excéder sa compétence.

M. Pouilly. — Il y a des cas où l'on peut faire le nécessaire pour prouver qu'on n'est pas dirigeant de fait et avoir un jugement qui vous condamne.

M. le Président Vienne. — Il faut, me semble-t-il, bien distinguer les deux questions qui se posent en ce cas, bien que souvent elles soient confondues dans le temps.

Le tribunal demandera d'abord à l'expert quels sont les actes du « suspect » qui pourraient le faire considérer comme un dirigeant de fait. Puis ensuite, à supposer qu'il en soit décidé ainsi, s'il ne rapporte pas la preuve qu'il a apporté à sa gestion l'activité et la déligence nécessaires.

M. le Président Vienne. — Monsieur Pavie.

(12) Expert près la Cour d'Appel de Douai.
(13) Expert agréé par la Cour de Cassation.
(14) Expert agréé par la Cour de Cassation.

M. Pavie (15). — Je ne partage pas l'opinion de notre collègue de Douai, M. Pouilly.

J'ai cru comprendre qu'à son avis il était fort difficile d'apprécier la part de responsabilité des dirigeants de fait ou de droit poursuivis en application de l'article 99 et qu'il se déclarait incompétent pour accomplir les missions d'expertise de cette nature.

Il n'est pas douteux, comme l'a souligné ce matin notre confrère Salato, que ce sont des missions délicates.

Je ne pense pas pour autant que nos collègues doivent renoncer à de tels travaux. Une telle attitude ne constituerait-elle pas, à la limite, un « déni d'expertise », dans le sens de déni de justice ?

En règle générale, plus une expertise comporte de difficultés, plus elle présente pour l'expert d'intérêt sur le plan intellectuel. Il faut aussi savoir que si les magistrats n'avaient à résoudre que des situations financières simples, ils n'auraient pas besoin de recourir aux « auxiliaires de justice » que sont les experts comptables.

Bien au contraire, ils doivent rencontrer en eux les compétences nécessaires pour être éclairés sur des cas complexes et délicats et recueillir dans leurs rapports des conclusions — fussent-elles nuancées — lesquelles ne définiront pas forcément la part de responsabilité, mais pourront conduire les juges à la déterminer en fonction des éléments qu'elles contiennent.

Par ailleurs, et je pose la question, à quels spécialistes les magistrats pourraient-ils s'adresser pour apprécier la responsabilité des personnes poursuivies en application de l'article 99, sinon aux experts-comptables et financiers ?

J'ai tenu à intervenir après notre collègue Pouilly, car il me paraîtrait particulièrement fâcheux que les hauts magistrats ici présents pensent que nous nous dérobons devant les missions d'expertises, aussi délicates fussent-elles.

Nous devons avoir la volonté d'éclairer aussi complètement que possible les magistrats qui nous sollicitent, par nos constatations et notre connaissance des usages et, le cas échéant, d'exprimer une opinion — observation faite qu'il appartient toujours au juge d'apprécier ce qu'il doit retenir ou rejeter de cet avis.

M. le Président Vienne. — Merci, monsieur.

Monsieur Tison.

M. Tison (16). — Une petite précision concernant la date exacte qui doit être retenue en ce qui concerne la publicité relative à la démission d'un dirigeant : il y a un assez long temps entre le moment précis où est donnée la démission et celui où est passée la publicité légale et l'inscription définitive au registre du commerce. Il y a une date de dépôt au registre, ensuite l'inscription est effective. Quelle est la date qui doit être retenue ?

Deuxième question : à quel moment une entreprise en difficulté doit-elle constituer une provision pour le risque qui est consécutif à son état, en ce qui concerne les éventuelles indemnités qu'elle devrait être amenée à verser à son personnel en cas de licenciement ? D'autre part, quel serait le juste sort fiscal d'une telle provision ?

M. le Président Vienne. — J'ai l'impression que cette seconde question relève de la technique comptable, mais la première relève, elle, de la technique juridique.

Monsieur Amalvy.

M. Amalvy. — Je persiste à penser que les dirigeants de droit ont le plus grand intérêt à veiller à ce que leur démission soit publiée régulièrement et dans les meilleurs délais.

M. le Président Vienne. — Je pense que nous ne saurions mieux faire que de demander à M. Henrot, Rapporteur adjoint du congrès, de répondre à la seconde question posée, celle qui relève de la technique comptable.

M. Henrot. — Je crois qu'il faut ici évoquer les grands principes comptables, les principes fondamentaux : à partir de quel moment doit-on faire une provision ?

C'est au moment où les événements en cours font craindre une perte probable, si vous craignez de ne pouvoir continuer à exploiter l'entreprise, c'est à ce moment qu'il faudrait faire une provision.

J'ajoute qu'il est toujours extrêmement périlleux de répondre en théorie, parce qu'en pratique croyez-vous que les personnes qui sont ici dans la salle se sont déjà trouvées dans une situation dans laquelle ils pouvaient affirmer que les événements en cours entraînaient, d'une façon certaine, l'obligation d'arrêter l'exploitation ? Vous savez qu'il n'en est pratiquement jamais rien, que ce n'est pas vous qui êtes capable de le faire. C'est le chef d'entreprise qui doit déterminer s'il doit arrêter ou non son entreprise. Je pense franchement que si le chef d'entreprise estime qu'il a encore une chance, une possibilité de continuer, vous ne pourrez lui opposer la certitude nécessaire de l'existence d'une probabilité suffisante pour créer cette provision.

Quant au domaine fiscal, il ne devrait pas être différent du domaine comptable, bien que, par nature, il soit tentant, pour sauvegarder les intérêts du Trésor, de chercher à minimiser le risque. Il n'empêche que le raisonnement doit être mené au point de vue comptable, comme au point de vue fiscal.

M. le Président Vienne. — Merci, monsieur Henrot.

Monsieur Delcroix.

M. Delcroix (17). — Monsieur le Président, tout à l'heure, Mlle Doyen a évoqué l'analogie entre l'application de l'article 99 et les procédures pénales, cela pourrait être une image d'école. Mais je crois que dans la pratique, concrètement, très souvent les procédures peuvent se chevaucher. Je prends un exemple dans une affaire récente où il y a eu un règlement judiciaire où il n'a pas été question de l'article 99 : deux dirigeants ont été inculpés. Qu'adviendrait-il si le syndic désire intenter une action dans l'intérêt de la masse au niveau de l'article 99 qui nous intéresse, si les dirigeants en question répondent : « Je peux

(15) Expert agréé par la Cour de Cassation.
(16) Expert agréé par la Cour de Cassation.
(17) Expert près la Cour d'Appel de Paris.

vous apporter toutes les preuves de mon activité, de ma diligence, mais je les ai déjà exposées à M. le juge d'instruction et vous me permettrez de respecter le secret de l'instruction » ?

M. le Président Vienne. — Monsieur Descharmes.

M. Descharmes (18). — Je pense qu'il existe une communication certaine entre les magistrats du parquet et les magistrats consulaires, et que le problème que vous soulevez, monsieur, s'il existe véritablement, trouve depuis quelques années tout de même des solutions qui sont acceptables.

M. le Président Vienne. — Il ne faut pas oublier qu'il est toujours permis à celui sur qui pèse une obligation au secret de se libérer de cette obligation quand il s'agit d'assurer sa propre défense. Par conséquent, les dirigeants que vous évoquez pourront parfaitement invoquer le contenu d'un dossier d'instruction et, comme le disait M. le Procureur général, maintenant grâce à la présence de représentants du parquet auprès du tribunal de commerce, il sera facile à celui-ci d'obtenir la communication de ce dossier.

D'autres questions ? Monsieur du Pontavice.

M. du Pontavice. — Je voulais dire que le président d'une société n'est pas astreint aux obligations du secret professionnel. Quant au secret de l'instruction il n'a pas à être évoqué, c'est son activité quotidienne qu'il a à exposer. Je ne vois pas pourquoi, parce qu'il a exposé des faits au juge d'instruction, il ne peut plus en parler à quiconque ensuite. Je ne comprends pas comment cet homme, qui me paraît être un héros, peut invoquer le secret de l'instruction.

M. Weizsberg (19). — Je voudrais rejoindre quelques inquiétudes exprimées et c'est vers M. Salato que je me tourne :

1) Ce matin, j'ai cru comprendre que dans les enregistrements de faits accomplis, il fallait rechercher la qualité de dirigeant de droit ou de fait et que l'on trouverait à l'intérieur de la comptabilité, en examinant les faits, un certain nombre d'actes commis par les dirigeants de fait qui peuvent être identifiés par l'examen des archives et des comptes. Ce n'est pas toujours évident.

2) J'ai noté, qu'en deuxième point, il fallait rechercher les caractéristiques des origines de la faillite, c'est-à-dire préciser peut-être l'origine de l'excédent de passif et déterminer s'il existe un excédent de passif, puisque c'est une des conditions de l'exercice de l'article 99.

J'ai noté enfin qu'il fallait rechercher s'il y avait un véritable préjudice. Ce préjudice ! je crois comprendre que c'est l'excédent de passif, mais est-ce bien cela ? mais un excédent de passif lié à la faute, je commence à m'inquiéter et je me demande si je ne vais pas être incapable de déterminer ce point.

J'ai noté qu'il y avait un lien de causalité entre la faute et le préjudice et je me demande si les études que j'ai faites vont me permettre d'avoir toute la clairvoyance nécessaire.

3) Enfin je reviens au point trois : vous m'avez dit ce matin qu'il fallait que je procède à la recherche des manquements et je crois avoir relevé votre phrase, c'est-à-dire « Recherchez l'adéquation de la diligence et de l'activité aux nécessités de l'entreprise », et là j'ai bien peur que, pour apprécier si cette adéquation était bonne, je n'aurais pas dû m'asseoir un temps devant le siège de l'entrepreneur, peut-être qu'avec le temps qui a passé j'aurais pu, avec le recul, comme nous savons le faire dans nos affaires judiciaires, retrouver ces manquements mais ici je vais me trouver très embarrassé ; fort heureusement je n'ai pas été encore désigné dans ce genre d'affaires mais j'aimerais que vous m'aidiez.

M. Salato. — Cher confrère, je répondrai assez simplement. Il est certain que dans ce genre de missions il est hautement souhaitable que l'expert puisse se replacer plusieurs années en arrière bien souvent et qu'il puisse cerner quels étaient les « desiderata » des dirigeants successifs et dans quel esprit ils ont pu agir ; c'est bien la difficulté de telles missions, je vous l'accorde.

Il m'a été donné à plusieurs reprises d'être désigné pour de telles missions et j'ai eu, c'est certain, de grandes difficultés à rechercher quelles pouvaient être les intentions réelles de dirigeants à l'époque où ces dirigeants ont pris des décisions qui étaient favorables à la société ou défavorables ; ou, dans l'hypothèse où ils n'ont pas pris de décisions, si l'absence d'action a été préjudiciable à la société et essayer de fournir au juge les éléments d'information qui permettaient de voir si ces dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes, accomplissaient ces actions ou ne les accomplissaient pas.

Je ne sais pas si j'ai répondu intégralement à votre question mais j'ai essayé de dresser un inventaire aussi complet que possible des actions à entreprendre, si tant est que l'on puisse faire un inventaire dans le genre de missions confiées à un expert dans le cadre de l'article 99. Mais il est certain qu'il est très difficile de remplir une telle mission, je le reconnais bien simplement ; j'ai essayé à chaque reprise d'y parvenir mais je ne sais pas si j'ai complètement réussi. Cependant, je ne pense pas qu'il convienne de grossir exagérément les difficultés que peut rencontrer un praticien comme vous ou moi.

M. Ducoroy. — Il est exact que les missions qui nous sont confiées par les tribunaux de commerce consistent, en général, à rechercher les éléments permettant de déterminer les fautes que l'on peut reprocher aux dirigeants et les conséquences de ces fautes.

Pour ce qui est des conséquences dommageables, le souci des juridictions consulaires semble moins de rechercher un lien de causalité entre fautes et dommages que d'être renseigné sur les conséquences des fautes commises par chacun des dirigeants pour apprécier de la répartition entre eux de la part d'insuffisance d'actif qui leur sera imputée.

Ceci dit, il est exact que pour procéder à l'exécution de ce type de mission, il faut rechercher des éléments de fautes.

Il est des manquements faciles à établir, irrégularité de forme, usage des biens, etc.

Il en est d'autres, par contre, qui sont d'appréhension plus difficile puisque nécessitant l'appréciation de l'opportunité de décisions prises.

---

(18) Procureur général à la Cour d'Appel de Nancy.
(19) Expert près la Cour d'Appel de Paris.

Par exemple, à un moment donné, une société a connu une situation difficile. Ses dirigeants ont conçu un plan de sauvetage. Ce plan de sauvetage a échoué.

Pour déterminer s'il y a eu, en l'espèce, faute ou non, il est nécessaire d'apprécier la crédibilité de ce plan au moment où il a été conçu et les modalités de son application lorsqu'il a été mis en œuvre.

Pour autant, ce n'est pas un problème dramatique pour l'expert.

Il doit soumettre au magistrat, tant les données de faits, que les différentes interprétations possibles de ces données.

C'est le juge qui tranchera.

M. le Président Vienne. — Merci, monsieur le Président, d'avoir explicité si clairement la fonction de l'expert en pareil cas.

En effet, vous avez fait admirablement ressortir qu'il était trop facile d'être prophète après coup et de dire, quelque deux ou trois ans après l'événement : « la preuve qu'ils sont responsables, c'est que leur entreprise a capoté ».

Toutefois — mais ici je m'aventure sur un terrain qui n'est pas le mien — je pense qu'il ne faut pas oublier qu'en même temps qu'experts judiciaires, vous êtes experts-conseils.

Et je m'imagine qu'en tant que tels, il doit vous arriver fréquemment, dans les temps que nous vivons, que l'un de vos clients vienne vous dire : « Pour ma société, je crains ceci, je crains cela. Vous savez quelle est notre situation. J'ai l'intention, pour y remédier, de faire ceci ou cela. Qu'en pensez-vous ? » Et vous donnez l'avis qui vous semble le plus judicieux.

J'ai l'impression, dans mon incompétence, que, lorsque vous intervenez comme expert judiciaire, il doit vous être possible de bénéficier de votre expérience d'expert-conseil et de déterminer ainsi, ce qui, dans le passé, aurait pu être fait pour redresser l'entreprise.

Et alors, de deux choses l'une : ou bien, on l'a fait, donc les dirigeants apportent la preuve contraire exigée par l'article 99 ; ou bien, ils ne l'ont pas fait, et cette preuve n'est pas rapportée.

Mais, bien entendu, je ne méconnais pas la difficulté pratique du problème.

Je pense que c'est bien là le sens de votre pensée, monsieur le Président.

M. Ducoroy. — Lorsqu'il s'agit d'apprécier une attitude, il faut tout à la fois se replacer à l'époque considérée et se demander ce qu'aurait fait un dirigeant normalement éclairé et diligent.

Il en est d'ailleurs de même chaque fois que nous avons à nous prononcer sur la façon dont a été exécutée une obligation de faire en matière de prestation de service.

Le professionnel normalement éclairé et diligent, c'est le professionnel type.

Pour en revenir aux dirigeants, on appréciera les initiatives de ceux qui sont en cause par référence à ce qu'ont fait les responsables d'entreprises identiques, à la même époque, dans les mêmes circonstances.

Je sais que cela peut, dans certains cas, poser d'énormes problèmes.

Mais je répète, qu'en tout état de cause, l'erreur à éviter est de ne proposer à la juridiction qu'une seule solution, c'est-à-dire de l'empêcher de prendre conscience des difficultés d'interprétation.

Par ailleurs, il faut se rappeler qu'en l'espèce, nos mandants sont, dans la mojrité des cas, des tribunaux consulaires composés de commerçants qui doivent avoir quelques idées sur ce qu'est un dirigeant normalement éclairé et diligent.

M. Weizsberg. — Pour compléter la réponse de M. Ducoroy, je voudrais dire qu'effectivement nous sommes les conseils, en fait, de l'entreprise. C'est vrai, mais l'entreprise est le fruit de l'imagination d'un homme et tous les hommes sont différents les uns des autres et de plus, lorsque nous avons à examiner les entreprises comme expert judiciaire, ce ne sont pas les mêmes que celles que nous avons conseillées deux ans auparavant !

M. Ducoroy. — L'imagination... je veux bien au point de vue artistique mais au terrain des affaires ceux qui font preuve de trop d'imagination doivent assumer les conséquences de leur attitude particulière ; si on veut éviter des surprises, soit des gains importants, soit des pertes importantes, il faut rester dans la fourchette pour le genre d'action des dirigeants normalement éclairés.

M. le Président Vienne. — Merci, monsieur. Monsieur Caby.

M. Caby (20). — Je voudrais revenir sur le même sujet mais sous un autre aspect. J'ai été effrayé lorsque notre confrère Salato a fait l'inventaire de ce que pourrait donner, même si c'était coupé en tranches, une expertise de ce genre. Je voudrais faire une petite remarque : on a dit qu'il s'agissait de magistrats consulaires, ce n'est pas forcément vrai car nous, nous avons affaire à des magistrats professionnels. Mais ceci étant, j'ai été un peu rassuré cet après-midi lorsqu'on m'a dit que le jugement est du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Le juge jugera de façon discrétionnaire, c'est bien ce qui a été dit, je crois ? Car, lorsque nous faisons une expertise, il faut étayer le rapport sur une quantité de pièces qui pourront être discutées par les parties, qui donneront la force au rapport et, dans un autre domaine que celui-là, si nous nous trouvons devant une situation où nous n'avons pas de pièces à nous mettre sous la dent, nous sommes amenés à dire que nous n'avons pas pu remplir notre mission. Mais nous pouvons nous trouver devant des entreprises en liquidation, des affaires dans lesquelles les responsables se sont désintéressés (puisqu'on liquide) de tous les livres sociaux, de la comptabilité. S'ils n'ont pas été perdus par le syndic, ils ont été perdus par d'autres. Nous n'avons plus de livres comptables ni rien. Comment faire ?

Alors nous arrivons à être obligés d'utiliser, comme il y a eu le cas récemment, des déclarations : la déclaration de l'ancien dirigeant qui a expliqué ce qu'il avait fait. Seulement il l'a dit dans une réunion d'expertise lorsqu'il va se trouver devant le tribunal, lorsqu'il s'apercevra de l'importance de ce qu'il a dit, il est possible qu'il revienne sur ses déclarations. Cela me rassure tout de même de savoir que le magistrat qui aura lu le rapport pourra en tirer quelque chose.

(20) Expert près la Cour d'Appel de Lyon.

M. le Président Vienne. — Oui, parce que le juge de l'article 99 peut très bien dire : « Il est certain que le dirigeant n'a pas établi qu'il avait apporté la diligence et l'activité nécessaires, mais moi je trouve qu'il n'est pas opportun, pour telle ou telle raison, de le condamner », c'est une question de pure appréciation.

M. Amalvy. — La chambre commerciale a, en ce qui concerne la qualité de dirigeant de fait, une jurisprudence très nette. Elle s'est toujours refusée à exercer un contrôle sur cette qualité bien qu'elle ait été critiquée par divers auteurs pour la position qu'elle a prise à cet égard et elle n'a cessé d'affirmer que les juges du fond se prononçaient souverainement à cet égard.

En ce qui concerne l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 je pense que ce texte ne mérite nullement les critiques que certains lui adressent.

Ce texte laisse en effet une très grande liberté de décision aux juges puisqu'il est pour eux d'application facultative et qu'ils peuvent se refuser de façon quasi discrétionnaire à le faire jouer après avoir reconnu que les conditions prévues pour son application se trouvaient réunies.

Il leur donne ensuite la possibilité de modérer autant qu'ils le veulent l'indemnité qu'ils décident de mettre à la charge des dirigeants sociaux et, par conséquent, d'individualiser autant qu'il est possible, au regard du débiteur, cette indemnité.

Qu'en serait-il des dirigeants sociaux qui se plaignent de ce texte, s'ils se trouvaient confrontés avec les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil ?

Certes, le syndic poursuivant devrait alors, pour obtenir leur condamnation, rapporter la preuve d'une faute de leur part en relation avec l'insuffisance d'actif constatée, mais ce n'est pas là une preuve aussi difficile à faire qu'on le pense communément et son administration ne dépasse pas les aptitudes d'un syndic moyennement diligent surtout lorsque l'on sait, par expérience, que les dirigeants sociaux, optimistes par nature, on l'a dit au cours de ces débats, ont, le plus souvent laissé l'entreprise sociale poursuivre son activité alors qu'elle n'était plus génératrice que de pertes et de déficits, ceci dans la perspective d'un éventuel redressement de situation et que la preuve d'un tel comportement est aisée.

Quoi qu'il en soit à cet égard, la preuve incombant au syndic étant faite, les dirigeants sociaux seraient alors tenus de réparer l'entier préjudice causé aux créanciers de la société à la tête de laquelle ils se trouvaient et obligés de s'acquitter de la totalité de l'insuffisance d'actif constatée car, comme l'a très bien dit M. le Professeur du Pontavice, il ne peut y avoir un article 1382 pour tout le monde et un article 1382 pour les dirigeants sociaux.

Une autre critique est souvent formulée à l'encontre du texte objet de nos discussions. Il se différencierait de façon intempérante du droit commun de la responsabilité dès lors qu'il organise une double présomption, de faute d'abord, de causalité ensuite.

Mais est-ce là une inconstance de nature à jeter un total discrédit sur ce texte ? Je ne le crois pas.

L'un de vous, messieurs, a déjà fait allusion à l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil. Cet article, d'application si courante, ne comporte-t-il pas lui aussi une présomption de faute et de causalité ?

Ne rencontre-t-on pas dans d'autres domaines du droit des situations analogues ?

Le transporteur n'est-il pas tenu des pertes et avaries ayant affecté en cours de transport la marchandise transportée sans pouvoir s'exonérer de sa responsabilité qu'en prouvant que pertes et avaries provenaient d'une cause étrangère ne lui étant pas imputable ?

Certes, l'on est là en matière contractuelle mais nul ne s'élève contre la dispense probatoire dont bénéficie l'ayant droit à la marchandise et le sort fait au transporteur n'est pas isolé, c'est le lot de tous les débiteurs d'une obligation de résultat.

L'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 est donc, finalement, moins original qu'on ne le dit et je pense que c'est un texte plus favorable aux dirigeants sociaux que le régime de droit commun de la responsabilité quasi délictuelle.

M. le Président Vienne. — Merci, cher ami, de votre intéressante intervention.

Mais « comparaison n'est pas raison ».

Oui, bien sûr, dans le droit des transports, dont vous êtes un spécialiste confirmé, il existe une « obligation de résultat », d'ailleurs tempérée parfois par un forfait.

Mais, dans le domaine du droit des affaires, n'est-il pas indispensable de réserver le « droit à l'erreur » ?

La question est de savoir si l'application de l'article 99 permet ou non de préserver un tel droit.

Monsieur Tavernier.

M. Tavernier. — J'appartiens à l'administration consulaire. D'un point de vue né de la discussion qui est venue tout à l'heure, vous avez, mieux que je ne pouvais le faire, répondu aux questions posées en ce qui concerne cet article 99 que nous considérons comme exhorbitant au niveau du droit. Comme cela a été dit d'ailleurs, le préjudice est pratiquement toujours établi, il n'y a pas de problème là-dessus, la responsabilité est présumée, le lien de causalité aussi. Tout réside dans l'appréciation du juge et les expertises ordonnées ne peuvent porter, à mon sens, que sur le fait que le dirigeant a apporté toute la diligence et l'activité nécessaires en ce domaine. Il n'y a pas de définition de cette diligence et de cette activité, tout réside dans l'appréciation du juge et les experts qui sont commis ont donc pour mission, plutôt que de rechercher des fautes qui n'apportent pas grand-chose, car la responsabilité est présumée, de savoir à qui incombe la responsabilité, si elle a été engagée et quelle part de responsabilité on doit mettre à la charge de chaque dirigeant, de savoir si on doit, oui ou non, mettre une partie du passif à la charge du dirigeant et de savoir quel est le montant que l'on doit mettre à sa charge, c'est le seul problème.

M. le Conseiller a dit tout à l'heure que la Cour de Cassation est pratiquement court-circuitée par le fait que les appels avaient peu de chance de prospérer, qu'ils viennent soit du syndic, soit du dirigeant, dans la mesure où le problème du droit est pratiquement résolu d'avance. Les motivations se trouvent dans les jugements initiaux en ce qui concerne la part de l'excédent de passif mise à la charge du dirigeant.

Il a été dit tout à l'heure — et je ne voudrais pas que cette idée se trouve accréditée auprès d'une aussi docte assemblée — que les tribunaux de commerce risquaient d'être inféodés aux décisions des syndics ou que les syndics risqueraient de ne pas faire appel pour ne pas mécontenter un tribunal. Les tribunaux de commerce n'ont pas à connaître de l'exécution de leurs propres jugements. Il est habituel que les syndics soient libres des suites à donner aux décisions de justice à quelque niveau que ce soit.

(*Applaudissements.*)

M. Breval. — Les affaires qui donnent lieu à procédure en vertu de l'article 99 donnent en même temps lieu à procédure pénale. Est-ce qu'il ne serait pas plus utile d'attendre la fin de la procédure pénale et surtout le rapport d'expertise pénale pour commencer la procédure « article 99 » ? L'expert qui travaille en matière pénale dispose de moyens d'investigation beaucoup plus importants que celui qui a travaillé dans le cadre de la procédure civile.

M. Ducoroy. — La chambre commerciale de la Cour de Cassation s'est prononcée, le 9 décembre 1980 : « C'est sans se contredire qu'après avoir à bon droit estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire application de l'article 4 C pr. pén. pour se prononcer sur le principe de la responsabilité du gérant d'une société en liquidation des biens, assigné en paiement des dettes sociales, l'issue des poursuites pénales engagées à son encontre pour banqueroute et abus de biens sociaux étant sans incidence sur cette responsabilité puisque même en cas de relaxe, il pouvait être condamné au paiement de tout ou partie du passif social, la Cour d'Appel, usant de son pouvoir discrétionnaire, a estimé que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il convenait de surseoir à statuer seulement en ce qui concerne le montant des dettes sociales à la charge de ce dirigeant. »

M. le Président Vienne. — C'est ce que j'allais vous répondre : pas question d'appliquer l'article 4 du Code de procédure pénale, donc pas d'obligation de surseoir à statuer même si la cour estime qu'il y a lieu d'attendre la clôture de la procédure pénale, comme vous le disiez, pour avoir l'avantage d'avoir les conclusions de l'expertise. Mais les juges de fond peuvent estimer opportun de surseoir à statuer jusqu'à ce que la procédure pénale soit close, de façon à profiter des renseignements de l'expertise diligentée au cours de cette procédure : ils ont le droit de le faire dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

Donc si vous estimez qu'il serait utile de surseoir à statuer, vous pouvez leur soumettre votre proposition en ce sens.

M. le Président Vienne. — Monsieur Dana.

M. Dana. — Je voudrais parler d'une des conséquence de l'article 99 et vous poser une question, monsieur le Président, relative à l'arrêt du 7 mai et la réaction assez fâcheuse qu'il a entraînée auprès de certaines juridictions commerciales. Il semble que certains tribunaux de commerce continuaient à juger dans le sens de la position 1973 de la Cour de Cassation. La question que je voulais poser est la suivante : l'aspect économique que défendent les tribunaux de commerce ne semble-t-il pas en contradiction avec l'aspect juridique soutenu par la Cour de Cassation ? Vont-ils s'affronter ou se rejoindre ?

M. le Président Vienne. — Nous verrons bien.

Ce revirement de jurisprudence a suscité beaucoup de passion : on aurait cru qu'il y avait en cause des intérêts capitaux.

Est-ce vrai ?

Vous avez parlé des aspects économiques et sociaux.

Abordons d'abord le premier de ces aspects. Il ne faut pas oublier que, suivant les appréciations, il n'y a que 3 à 5 % de procédures collectives dans lesquelles intervient l'application de l'article 99. D'où l'importance restreinte de la solution.

Quant à l'aspect sociologique, on a paru croire que le fisc et la Sécurité sociale étaient les seuls intéressés à ce que, sur les sommes récupérées grâce à l'article 99, les privilégiés viennent en priorité.

On a oublié qu'il existe tout de même d'autres créanciers qui ont intérêt à la question : je pense notamment aux salariés.

Quoi qu'il en soit, la chambre commerciale a donc cassé le même jour un arrêt de la Cour d'Appel de Paris et un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence et elle a renvoyé les deux affaires devant la Cour d'Appel de Lyon.

Et l'on sait que cette Cour d'Appel s'est conformée à la doctrine de notre chambre.

Curieusement, une certaine doctrine lui a reproché d'avoir, dans les motifs de son arrêt, repris les terme du commentaire de l'arrêt de cassation paru dans le rapport annuel de la cour, lequel, bien entendu, avait été inspiré par les auteurs de l'arrêt dont il s'agit.

On se demande ce qu'il peut y avoir de peccamineux en cela : il est évident que si la Cour de renvoi avait exactement repris les termes des notes de ces auteurs pour adopter une solution inverse de celle de la chambre commerciale, elle aurait été couronnée de fleurs.

Quoi qu'il en soit, la chambre commerciale, par un arrêt postérieur, a tenu à renvoyer à une autre Cour d'Appel, celle d'Amiens.

Nous verrons bien ce que celle-ci décidera et, éventuellement, ce que pourrait être la position de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation.

Voilà ce que je voulais répondre sur ce sujet.

Je crois, mesdames et messieurs, que, malgré la richesse du sujet, il est temps maintenant de donner la parole à M. le Rapporteur général.

Monsieur le Président Feuillet, nous vous écoutons.

Rapport de synthèse

présenté par

M. Pierre FEUILLET, Expert agréé par la Cour de Cassation

Chacun des rapporteurs vient de vous exposer, avec le talent certain que vous avez pu apprécier, les problèmes essentiels que pose l'article 99. Qu'ils en soient très vivement et très chaleureusement remerciés.

Nous allons maintenant essayer de dégager ensemble si vous le voulez bien, trois caractéristiques fondamentales de l'action en comblement de passif :

— la présomption de responsabilité,
— la portée de la responsabilité,
— les difficultés d'application.

I. — LA PRESOMPTION DE RESPONSABILITE

L'analyse du texte et les interprétations doctrinales et jurisprudentielles qui vous ont été exposées montrent clairement que l'article 99 fait peser sur les dirigeants sociaux une action en responsabilité dont ils ne peuvent se dégager, si elle est intentée par le syndic ou d'office par le tribunal, qu'en faisant la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires.

Il s'agit donc d'une présomption qui admet la preuve contraire.

***

Pour que cette présomption puisse s'appliquer, le règlement judiciaire ou la liquidation de biens doit avoir été prononcé.

L'action en comblement de passif est donc étroitement liée aux procédures collectives dont elle fait partie intégrante. La Cour de justice des communautés européennes a eu l'occasion de se prononcer en ce sens dans son arrêt Gourdain/Nadler du 22 février 1979 en soulignant notamment :

— « que cette action, prévue spécialement par une loi sur la faillite, est exercée exclusivement devant le tribunal qui a prononcé le règlement judiciaire ou la liquidation des biens »,

— « que seul le syndic — en dehors du tribunal saisi d'office — peut introduire cette action ou non et dans l'intérêt de la masse en vue du remboursement partiel des créanciers en respectant entre eux le principe d'égalité compte tenu des droits de préférence régulièrement acquis » (ce qui semble préjuger de la position prise par les arrêts du 7 mai 1979 de la chambre commerciale de la Cour de Cassation),

— « que cette action dérogeant aux règles générales du droit de la responsabilité, fait peser sur les dirigeants sociaux de droit ou de fait une présomption de responsabilité dont ils ne peuvent se dégager qu'en faisant la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires »,

— « que si l'action contre le dirigeant social réussit, c'est la masse des créanciers qui en bénéficie, un élément d'actif rentrant dans son patrimoine, comme lorsque le syndic fait reconnaître l'existence d'une créance au profit de la masse »,

— « qu'en outre, le tribunal peut prononcer le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de ceux des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui ne s'acquittent pas de cette dette, sans qu'il y ait lieu de vérifier si ces dirigeants sont commerçants et en état de cessation de paiement ».

Mais, il faut aussi que cette procédure collective fasse apparaître une insuffisance d'actif.

L'insuffisance d'actif doit être appréciée en tenant compte de la totalité de l'actif social, à sa valeur réelle et non pas à sa valeur apparente ou comptable et de la totalité du passif.

Elle doit être chiffrée au moment où le règlement judiciaire ou la liquidation de bien est prononcée, ce qui implique un effort important qui permettra de replacer toutes choses en leur état à l'époque considérée.

Elle ne doit en principe être calculée qu'en tenant compte du passif antérieur au jugement ouvrant la procédure.

Cependant, une distribution doit être faite selon que la situation résulte d'un événement subit ayant entraîné le dépôt de bilan, ou d'une situation résultant d'une succession de faits dont l'accumulation, pratiquement inéluctable, imposait le dépôt de bilan.

Il apparaît très clairement que, dans le premier cas, inclure dans l'appréciation du montant de l'insuffisance d'actif un pasif postérieur serait contraire à l'équité alors que dans le second cas, il est possible de considérer que le passif postérieur, et particulièrement les indemnités de licenciement, n'est que la conséquence directe de l'état de fait antérieur qui n'aurait pas dû se prolonger.

***

Lorsque les deux conditions d'exercice de l'action seront réunies, le tribunal pourra décider à la requête du syndic, ou même d'office que les dettes sociales seront supportées en tout ou en partie par les dirigeants sociaux ou par certains d'entre eux.

La lettre du texte de l'article 99 en permet une application quasi automatique : l'insuffisance d'actif a été constatée, les dirigeants sociaux ont donc pris des engagements auxquels ils ne peuvent faire face. Le dépôt de bilan est un aveu d'impuissance mais l'insuffisance d'actif consacre en plus un constat d'échec grave.

Certains créanciers ne pourront être réglés, la plupart peut-être. Les dirigeants sont responsables de cet état de fait car ils sont, par principe, fautifs. Ils doivent donc supporter cette insuffisance d'actif en tout ou en partie.

Si toutefois des événements extérieurs ont entraîné cet état de fait alors que leur gestion a été active et diligente, ils pourront le prouver et leur responsabilité sera dégagée.

Cette application textuelle, logique du texte, paraît normale.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif peut être intentée dès l'instant où l'insuffisance d'actif existe. La responsabilité des dirigeants est présumée. A eux de s'en exonérer éventuellement.

L'action sera alors exercée dans toute sa sévérité car la preuve contraire sera très difficile à établir.

Mais, il est important de souligner, ici, que le tribunal conserve toujours l'extrême liberté de poursuivre ou de ne pas poursuivre les dirigeants sociaux ou tels d'entre eux en application de l'article 99.

Une seconde conception de l'application de ce texte consiste, ne serait-ce que pour permettre une répartition des dettes entre les dirigeants concernés, à rechercher l'existence de fautes de gestion.

Bien que le texte même de l'article 99 institue une présomption de responsabilité, c'est alors le syndic qui, très généralement, sera amené à rechercher, avant d'intenter l'action, si les dirigeants ont commis des fautes.

Si le dossier permet d'établir l'existence de telles fautes, l'exercice de l'action sera assuré d'un plein effet car les dirigeants ne pourront s'exonérer des poursuites, l'existence même de fautes s'opposant à la preuve d'une activité et d'une diligence nécessaires.

La recherche des fautes commises par les dirigeants conduira très fréquemment le syndic à faire appel à des experts pour examiner particulièrement la comptabilité mais aussi les registres et documents sociaux, notamment les registres de procès-verbaux.

L'exercice normal de l'action bénéficiant d'une présomption se trouvera en quelque sorte inversé, le syndic bénéficiaire ès qualité de la présomption, cherchant à établir le défaut d'activité et de diligence nécessaires de la part des dirigeants.

***

La pratique des affaires est telle qu'il semble que cette seconde façon de procéder soit plus fréquemment mise en œuvre que la première et que, le plus souvent, c'est le syndic qui recherche l'existence de fautes alors qu'il pourrait se contenter, par l'application littérale du texte, d'intenter l'action et de laisser aux dirigeants concernés le soin de prouver, pour s'exonérer, l'activité et la diligence nécessaires dont ils ont fait preuve dans la gestion des affaires sociales.

Il y a lieu de souligner ici qu'une telle application du texte qui consiste pour le syndic à rechercher les fautes commises par les dirigeants, est de nature, en fait, à leur apporter plus de garanties que la loi ne leur en accorde.

En raison de l'extrême difficulté d'apporter la preuve exonératoire de responsabilité, cette application du texte nous paraît la plus souhaitable, mais elle souligne, par le fait même, les dangers que peut entraîner l'application littérale du texte de l'article 99.

II. — LA PORTEE DE LA RESPONSABILITE

Le texte donne au tribunal le plus large pouvoir d'appréciation.

Les dettes sociales seront supportées en tout ou en partie par les dirigeants sociaux ou par certains d'entre eux.

Chacun s'accorde à reconnaître que, par dettes sociales, il faut entendre le montant de l'insuffisance d'actif.

Un argument incitant le syndic à rechercher les fautes préalablement à la mise en jeu de l'action en comblement d'insuffisance d'actif peut s'expliquer ici par le souci d'une répartition équitable des dettes mises à la charge des dirigeants.

Mais, le tribunal qui est libre de fixer la répartition des dettes n'est pas tenu d'en fixer la quote-part incombant à chacun et, s'il la fixe, ce qui est le plus généralement le cas, cette quote-part n'est pas obligatoirement proportionnelle au préjudice subi.

Il y a lieu de souligner, d'ailleurs, que le préjudice peut être, et est généralement, infiniment plus important que le montant des dettes sociales. La part de ces dettes, mise à la charge des dirigeants sociaux ou de certains d'entre eux, sera donc sans commune mesure avec le préjudice.

Il semble néanmoins souhaitable que la quote-part des dettes mises à charge soit proportionnelle à la gravité des fautes commises mais s'agissant d'une faculté, le tribunal n'est pas tenu de poursuivre tel dirigeant, même fautif.

Le tribunal, s'il condamne certains des dirigeants sociaux peut ou non faire application des règles de solidarité entre eux.

Quoi qu'il en soit, les dirigeants poursuivis pourront se retourner contre les autres mais il leur incombera de prouver la faute, le lien de causalité et le préjudice car ils ne pourront à leur encontre, se prévaloir de la présomption de l'article 99.

Il est généralement admis que les dirigeants condamnés peuvent demander le remboursement de leur contribution aux dettes si l'intégralité du passif a été acquitté par ailleurs.

Enfin, la créance éventuelle d'un dirigeant, dans la masse, ne peut se compenser avec sa contribution à l'insuffisance d'actif, faute de connexité.

Un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 18 mai 1981 vient à nouveau d'en faire application.

***

C'est aussi dans la répartition des dettes sociales que l'application du texte a suscité bien des critiques, la surface financière personnelle d'un dirigeant jointe à la recherche de la plus grande efficacité des poursuites étant susceptible, selon certains, d'entraîner la mise en cause plus fréquente de la responsabilité.

En outre, l'action pouvant être intentée à l'encontre des héritiers du dirigeant décédé peut aboutir à la création de situations douloureuses, les conséquences de la responsabilité présumée étant alors supportées par des personnes qui ont pu ignorer l'activité fautive de leur auteur.

Là encore, en présence d'un texte extrêmement large dans sa formulation, la sagesse des tribunaux pourra trouver un champ d'application à sa mesure.

Il y a lieu de souligner enfin que l'article 100 de la loi 67-563 du 13 juillet 1967 a prévu une sanction extrêmement sévère pour les dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui ne s'acquittent pas de cette dette : le tribunal prononce à leur encontre le règlement judiciaire ou la liquidation des biens.

III. — LES DIFFICULTES D'APPLICATION

Les principales difficultés d'application de l'article 99 sont la conséquence directe de sa nature même.

---

(1) Cass. Com. 18 mai 1981, Rev. Soc. 1981-3-640, note Honorat.

Ce texte est intimement lié, comme nous l'avons déjà précisé, aux procédures collectives dont il fait partie intégrante.

Les dirigeants dont l'entreprise est amenée à déposer le bilan et dont la situation traduit de plus une insuffisance d'actif sont présumés fautifs.

Mais, dans la conception d'une recherche sans cesse accrue de garanties complémentaires à donner aux parties prenantes, le législateur semble avoir été sensible à la possibilité de poursuivre, bien plus que les dirigeants de droit, les dirigeants de fait apparents ou occultes dont le comportement est déjà, par leur situation même, éminemment critiquable.

Or, dans la plupart des cas, la recherche des dirigeants de fait apparents ou occultes sera difficile à diligenter. Elle nécessitera une analyse particulièrement fine de la gestion sociale et les preuves d'une direction de fait apparente ou occulte seront parfois bien délicates à rapporter.

Que dire du cas de certains administrateurs qui, irrégulièrement désignés, pourraient avoir l'apparence de dirigeants de droit ? C'est l'espèce dans laquelle la chambre commerciale de la Cour de Cassation a rendu un arrêt de renvoi le 24 *avril* 1981.

*
**

Il n'en demeure pas moins que face à une situation détériorée, l'article 99 *appliqué systématiquement peut aboutir à la suppression de fait de la limitation de responsabilité des dirigeants sociaux qui constitue cependant la règle fondamentale applicable à tous les associés des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée.*

La difficulté est alors d'appliquer le texte différemment et de procéder à une recherche systématique de responsabilité des dirigeants ou de certains d'entre eux à l'occasion de laquelle seront invoqués à la fois les articles 1382 *du Code civil et les articles* 99 *et* 101 *de la loi* 67-563 *du* 13 *juillet* 1967.

*
**

Une autre difficulté, dans la mesure où le montant des dettes sociales mis à la charge des dirigeants ou de certains d'entre eux est sans commune mesure avec le préjudice, tient à la détermination des critères qui peuvent guider les tribunaux dans leur application de l'article 99 *tant en ce qui concerne les manquements sociaux que leurs conséquences.*

Les recherches statistiques actuellement effectuées par le C.R.E.D.A. sous la direction de M. le Professeur Sayog permettent de retenir comme éléments déterminants pour l'application de l'article 99, *outre la formulation générale du défaut d'activité ou de diligence, et dans l'ordre de fréquence décroissant :*

- *— la poursuite abusive d'exploitation,*
- *— la comptabilité irrégulièrement tenue,*
- *— l'imprudence de gestion,*
- *— l'abus de confiance,*
- *— l'insuffisance de capital,*
- *— le défaut de surveillance.*

La totale liberté laissée aux tribunaux de faire supporter ou non les dettes sociales par tel dirigeant déterminé se révèle finalement plus dangereuse sur le plan des principes que dans les applications pratiques qui en sont généralement faites.

*
**

Enfin, le sort des sommes récupérées sur les dirigeants sociaux ou sur certains d'entre eux présente, quant à leur répartition, des difficultés dont le renversement de jurisprudence de la Cour de Cassation porte témoignage.

Les sommes ainsi récupérées rentrent-elles dans la masse et dans l'affirmative, le droit des créanciers doit-il s'exercer proportionnellement à leur créance, la règle de l'égalité étant la caractéristique de la masse ou bien les privilégiés peuvent-ils bénéficier de l'existence de leur privilège ?

La Cour de Cassation vient, à plusieurs reprises, de répondre par l'affirmative en adoptant la thèse favorable aux privilégiés.

Le domaine successivement restreint des droits des créanciers chirographaires s'en trouve à nouveau rétréci, ce qui a conduit certains auteurs à poser la question de savoir si cette jurisprudence récente ne mettait pas en cause le principe même de l'existence de la masse (3).

Selon ces auteurs, l'égalité est la règle d'or du statut de la masse. Quel serait alors et selon eux, l'intérêt, dans la solution actuelle de la chambre commerciale de la Cour de Cassation, de conserver la notion du patrimoine de la masse si la répartition de son actif propre devait obéir aux mêmes règles que celle de l'actif de la société débitrice ?

*
**

Quoi qu'il en soit de cette controverse, il paraît indispensable d'évoquer, pour terminer, les difficultés inhérentes à l'exercice des missions d'expertises qui peuvent être diligentées dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 99.

Un dirigeant social entend s'exonérer de la responsabilité qui pèse sur lui en essayant de fournir la preuve qu'il a apportée à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires.

Nous avons vu que cette preuve est particulièrement difficile à rapporter. La notion de diligence normale paraît inapplicable en matière de gestion et cependant l'expert devra se prononcer sur le comportement du dirigeant incriminé.

C'est ainsi qu'il sera amené à se prononcer sur la constance et l'efficacité des décisions prises ainsi que sur la valeur des prévisions élaborées, de l'organisation et du contrôle mis en place.

Il aura également à préciser le rôle déterminant d'événements extérieurs qui ont pu, malgré une activité et une diligence nécessaires des dirigeants, engendrer une situation désastreuse.

La recherche plus fréquente des fautes commises par les dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes, paraît relativement plus aisée.

---

(2) Cass. Com. 24 avril 1981, Rev. Soc. 1981-3-637, note Honorat.

(3) Note Derrida et Sortais sous Cass. Com., 7 mai 1979. Arrêt Gatinais D. 1979, 431 et précisément n° 12, p. 436.

Il y a lieu de remarquer cependant que ces fautes peuvent être de natures très diverses et que la tenue défectueuse d'un registre de procès-verbaux n'a que peu de rapport, quant à la gravité de la faute commise et de ses conséquences sur la situation financière de la société, avec l'emploi de fonds obtenus à des conditions ruineuses ou la prolongation excessive d'une situation largement obérée et irréversible.

***

L'article 99, arme redoutable entre les mains du syndic, doit être, avant tout, un moyen qui permette de sanctionner certains comportements répréhensibles dont les conséquences peuvent être particulièrement sévères pour les créanciers.

La jurisprudence faisant preuve d'une sagesse à laquelle il convient de rendre hommage, a, le plus souvent, atténué, grâce à une recherche systématique des comportements fautifs, ce que la présomption légale littéralement appliquée pouvait présenter d'excessif.

***

Livrons à notre réflexion commune, pour conclure, l'idée formulée par M. le Professeur Lagarde selon laquelle le test essentiel pour juger toute législation de procédures de concours est « le dividende qui revient à la piétaille des créanciers rassemblés à l'intérieur de la masse sous la bannière de l'égalité » et faisons confiance à la haute sagesse jurisprudentielle afin qu'elle apporte à ce texte de l'article 99 de la loi 67-563 du 13 juillet 1967, unique dans les législations des Etats membres de la Communauté européenne, par une application judicieuse, l'équité qui n'apparaît pas directement à son examen mais qui lui laisse un pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

(*Applaudissements.*)

CONCLUSIONS TIREES PAR M. ROGER VIENNE

Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation

M. le Président Vienne.

Mesdames et messieurs,

Voici donc l'instant où, suivant le programme de cette journée, je dois vous présenter mes conclusions.

C'est là une tâche redoutable que de prétendre ainsi tirer « la substantifique moelle » de rapports aussi approfondis et de débats dont vous avez pu apprécier toute la richesse.

Et, sans pitié, monsieur le Rapporteur général, vous avez ajouté à mon embarras en faisant des uns et des autres une synthèse tellement parfaite que je me demande s'il ne vaudrait pas mieux, en définitive, que je me réfère à celle-ci et que j'estime que je n'ai plus qu'à me taire.

Je me pose pourtant la question de savoir si cette attitude serait très appréciée de cette assistance et si celle-ci n'aurait pas l'impression que je cherche à me « défiler ».

Je n'essaierai donc point de biaiser, mais il n'en reste pas moins que, sur certains points, sur deux points au moins, nous les retrouverons, il serait présomptueux de ma part de prétendre conclure.

Aussi, me permettrez-vous peut-être, plus modestement, de vous faire part des réflexions qui sont les miennes au terme de cette journée.

De quoi s'agit-il donc ?

De déterminer le régime de la responsabilité éventuelle des dirigeants des sociétés faisant l'objet d'une procédure collective.

On l'a dit, la solution de la question implique l'intervention, d'une part, du législateur et, d'autre part, conjointement, du juge et de l'expert auquel le juge fait appel pour l'éclairer.

***

D'abord donc, le rôle du législateur.

Il lui revient évidemment de fixer les principes sur lesquels sera fondée cette responsabilité.

Vous vous le rappelez peut-être, autrefois, cela était régi par les règles de droit commun des articles 1382 et 1383 du Code civil, auxquelles, en définitive, ne faisaient que renvoyer l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 pour les sociétés anonymes et l'article 25 originaire de la loi du 7 mars 1925 pour les sociétés à responsabilité limitée.

J'avoue ne jamais avoir songé à rechercher si, à cette époque, l'application de ces articles était fréquente : je pense qu'il est permis d'en douter.

Quoi qu'il en soit, le législateur a sans doute estimé que la protection des créanciers des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée était ainsi insuffisamment assurée.

Dès lors, par l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940, il a institué à la charge des dirigeants de ces sociétés, en cas de procédure collective faisant apparaître une insuffisance d'actif, une présomption de responsabilité, présomption dont ils ne peuvent se dégager qu'en établissant qu'ils ont apporté à la direction des affaires sociales — je cite le texte — « toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié ».

Et cette présomption a été étendue, par le décret du 9 août 1953, qui a ajouté un alinéa 2 à l'article 25 susvisé de la loi du 7 mars 1925, aux dirigeants de sociétés à responsabilité limitée.

L'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 a pratiquement repris ces dispositions à une petite modification de forme près que vous connaissez.

Mais il les a reprises en les généralisant, à savoir d'une part en les étendant à toutes les personnes morales à but intéressé faisant l'objet d'une procédure collective, d'autre part en les appliquant désormais aux dirigeants de fait aussi bien qu'aux dirigeants de droit.

Nous nous trouvons donc actuellement en présence d'un système généralisé de responsabilité et non point, on le remarquera, d'un système de sanctions ou de peines civiles. La preuve en est qu'en cas de décès du dirigeant social, l'insuffisance d'actif peut être mise à la charge de ses héritiers, ce qui serait inconcevable si l'article 99 constituait une sanction.

Système de responsabilité donc, mais système de responsabilité absolument original par rapport au régime de droit commun.

Il se caractérise par un certain nombre de traits très nettement dégagés par MM. Henrot et Dana, de sorte qu'il me suffira d'y revenir très rapidement.

Certains de ces traits vont dans le sens d'une plus grande sévérité, d'autres dans le sens d'une moindre rigueur par rapport au système de responsabilité de droit commun.

1) Les traits qui vont dans le sens d'une plus grande sévérité

A ce point de vue, l'article 99 institue essentiellement une double présomption : présomption de faute à la charge des dirigeants et présomption de cause à effet entre leur fait et l'insuffisance d'actif, ces deux présomptions ne cédant que devant la preuve contraire.

On notera à l'inverse que, par un arrêt tout récent du 23 septembre 1981, la chambre commerciale a précisé que, pour l'application de l'article 99, devait être rapportée la preuve de l'insuffisance d'actif.

2) Les traits qui vont dans le sens d'une moindre rigueur

a) On l'a déjà souligné : la condamnation n'est jamais que facultative pour le tribunal. Je n'y insiste pas.

b) La condamnation peut ne porter que sur une partie de l'insuffisance d'actif, alors qu'en droit commun, la réparation doit être intégrale, si légère qu'ait pu être la faute de l'auteur du dommage.

c) En cas de pluralité de responsables, la solidarité n'est que facultative tandis que, vous le savez, de la responsabilité de droit commun résulte en ce cas de plein droit une responsabilité « in solidum » dont le juge ne peut modifier le caractère.

d) Enfin, l'action est réservée au syndic, à moins que le tribunal ne décide de se saisir d'office.

On se rappellera cependant à ce sujet que, comme on l'a déjà fait observer, l'action de l'article 99 n'exclut pas l'action de droit commun et que, par conséquent, à charge, bien entendu, d'apporter la preuve de la faute des dirigeants sociaux, la responsabilité de ceux-ci pourra être mise en cause pendant 30 ans et cela, par toute personne lésée, même si elle n'a pas qualité pour se prévaloir de l'article 99.

Quoi qu'il en soit, on sait que c'est le principe même du régime de responsabilité instauré par l'article 99 qui est discuté par une certaine doctrine et une certaine pratique, spécialement la pratique des affaires, la critique portant essentiellement sur la présomption de responsabilité qui en est le fondement.

On a déjà fait abondamment allusion à cette controverse et il n'est pas question d'entrer ici dans le détail.

Schématiquement, on peut dire que les adversaires de la présomption font valoir qu'elle suscite chez les dirigeants d'entreprise, spécialement chez ceux qui seraient susceptibles de régénérer les affaires en difficulté, une crainte stérilisante de tout esprit d'initiative.

On ajoute que le système ne cadre guère avec ceux qu'ont adoptés les autres Etats de la C.E.E. et que la Cour de justice des Communautés européennes, par son arrêt du 22 février 1979, a pris quelque distance avec lui en décidant qu'il dépendait, non pas du régime de la responsabilité, mais de celui de la « faillite » et était, comme tel, exclu de l'application de l'exequatur simplifié de la convention européenne du 27 septembre 1968.

Quant aux tenants de la thèse contraire, ils soutiennent que les conditions classiques de l'admission d'une présomption se trouvent réunies en l'espèce puisque, en raison même de la négligence, voire du propos délibéré des dirigeants, il serait souvent difficile de faire la preuve de leur carence, tandis qu'il doit être normalement aisé à un gestionnaire actif et diligent d'apporter la preuve du soin qu'il a montré dans la gestion des affaires sociales.

Mais surtout, ils font état de la prudence que manifestent les tribunaux dans l'application de l'article 99 puisque, on l'a dit, celle-ci n'intervient que dans 5 % environ des procédures collectives et que pratiquement les tribunaux condamnent les dirigeants sur le fondement de ce texte qu'après avoir recherché les fautes par eux commises dans leur gestion.

*
**

Et c'est ici que nous voyons apparaître le rôle du juge et de son auxiliaire indispensable dans les cas complexes : l'expert-comptable judiciaire.

Mais, avant d'aborder la question, il faut souligner l'apparence doublement paradoxale de la situation :

— d'une part, alors que le rôle normal de la présomption simple de responsabilité est de dispenser de la preuve de la faute, on vient dire ici que si la preuve que l'absence de faute n'a pas été établie, c'est que l'existence de la faute a été prouvée ;

— d'autre part, on soutient qu'il n'est pas besoin d'abolir la présomption puisqu'en fait les juridictions ne l'admettent qu'en exigeant la preuve de la faute. Mais il est permis de se demander si cette exigence ne plaiderait pas au contraire pour la suppression de la présomption, puisque, en fait, on ne l'applique pas.

Cependant on peut considérer d'une part que la présomption demeure utile pour vaincre éventuellement la duplicité des plus habiles et d'autre part qu'elle est, comme le faisait remarquer tout à l'heure M. le Conseiller Perdriau, un excellent moyen de décharger la chambre commerciale d'un contrôle complexe dans les nombreux pourvois qui lui sont soumis, contrôle qui serait nécessaire si la responsabilité des dirigeants sociaux était fondée sur la faute prouvée.

A ce dernier point de vue, en l'état, les pourvois ne peuvent être fondés que sur un défaut de réponse à conclusions qui, dans l'immense majorité des cas, n'existe pas. Ainsi, la Cour peut-elle, le plus souvent, adopter une formule simplifiée telle que « mais attendu qu'ayant analysé les agissements de X., c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que, répondant à ses conclusions, la Cour d'Appel a décidé qu'il ne rapportait pas la preuve, etc. ».

Quoi qu'il en soit, on pourrait s'étonner que, devant cette attitude de la Cour de Cassation, les juges du fond persistent à caractériser la faute des dirigeants sociaux avant de leur appliquer l'article 99.

Je pense, et je tiens à le dire aux juges consulaires qui participent à ces travaux, que l'on ne peut que se féliciter de leur rigorisme et de la conscience avec laquelle ils posent à l'expert qu'éventuellement ils commettent les questions qu'ils estiment devoir éclaircir pour engager la responsabilité des dirigeants.

Je ne reviendrai pas sur les éléments du rapport de M. Salato qui a remarquablement dressé l'inventaire de ces questions :

— Quid de la qualité de dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte ?

— Quid de l'activité et de la diligence nécessaires de ces dirigeants ?

— Quid de l'existence de fautes de leur part ?

— Quid enfin des conséquences de ces fautes ?

Je le dis tout net : par sa clarté et son caractère exhaustif, ce rapport serait digne de servir de bréviaire à l'expert judiciaire commis en la matière et, pourquoi pas, également aux juges du fond chargés de trancher ces questions.

Ainsi donc, rôle du législateur dans la fixation des conditions de la responsabilité des dirigeants sociaux des entreprises soumises à une procédure collective, rôle du juge et de son conseil, l'expert, dans l'application des normes ainsi fixées par la loi : ayant traité ces deux points, je pourrais peut-être estimer ma tâche terminée puisqu'il a été dit ce matin, je crois, que l'on se promettait de s'en tenir là, sans déborder sur les effets de l'application de l'article 99.

Mais il me semble — je le dis sans malice — que l'on n'a pu résister au désir d'aborder une question brûlante : celle de la destination des fonds récupérés par cette application.

On connaît la difficulté : sur ces fonds, les créanciers vont-ils venir indistinctement au marc-le-franc ou, au contraire, les créanciers privilégiés généraux pourront-ils faire valoir sur eux leur privilège ?

Le 27 octobre 1964, la chambre commerciale avait opté pour la première solution aux motifs que « les sommes (en question)... entrent dans le patrimoine de la masse et non dans celui du failli » et qu'ainsi « le créancier d'un privilège sur les biens meubles de la société débitrice ne peut exercer son privilège sur ces sommes qui n'ont jamais fait partie du patrimoine de la société débitrice ».

On sait que, par son arrêt du 7 mai 1979, la chambre commerciale a renversé sa jurisprudence sur ce point, en retenant que « la créance privilégiée fait partie de la masse et que les sommes litigieuses doivent être réparties par le syndic entre les créanciers dans la

masse en tenant compte des droits de préférence qui leur ont été reconnus ».

La première solution a été applaudie par certains auteurs et critiquée par l'autres (v. not. Cabrillac ss l'arrêt de 1964 : D. 65, p. 129). La seconde a été évidemment mal accueillie par les premiers tandis qu'elle a été approuvée par les autres.

Suivant la ligne de conduite que je me suis tracée, je me garderai de prendre parti.

On ne peut cependant s'empêcher de penser que la position de l'arrêt de 1964 est bien faible en présence du texte de l'article 99 qui parle de faire supporter « les dettes sociales » par le dirigeant incriminé. Qu'est-ce à dire, sinon que le passif de la « faillite » se trouve diminué d'autant ? Et l'on se demande pourquoi les créanciers privilégiés ne pourraient faire valoir leur droit de préférence sur cette élimination ou cette diminution de l'insuffisance de l'actif par rapport au passif.

En réalité, on peut se demander s'il n'y a pas eu, chez les auteurs qui ont critiqué, quelquefois avec passion, l'arrêt de 1979, le réveil d'un antifiscalisme qui sommeille au cœur de tout bon Français. Mais n'ont-ils pas oublié, comme le fait remarquer M. Cabrillac et comme on l'a déjà dit, que le fisc et la Sécurité sociale ne sont pas les seuls titulaires de privilèges généraux et que l'on compte notamment en outre parmi eux les salariés de l'entreprise que l'on n'a aucune raison de pénaliser.

*
**

Mesdames et messieurs,

Je suis confus d'avoir été si long et d'avoir, en somme, parlé pour ne rien dire puisque, en violation du programme de cette journée qui fait notre loi à tous, je n'ai pas tiré de conclusions de nos travaux.

C'est donc en m'excusant de ma prolixité et de ma carence que je mettrai fin à mon verbiage en déclarant clos le XX[e] Congrès National des Experts-Comptables Judiciaires.

(*Vifs applaudissements.*)

Au Manuscrit - Dépôt légal L - 1982 - 1