

BIBLIOGRAPHIE

- ARTANIAN HADJI Serge, La faute de gestion en droit des sociétés, Litec 2001.
- CREFF Guillaume : La responsabilité des dirigeants sociaux retirés, Revue trimestrielle de droit commercial, 1978, p.479.
- FORTIS Elizabeth : La responsabilité des dirigeants des sociétés commerciales, Répertoire droit des sociétés, 2004.
- FORTIS Elizabeth : Entreprises en difficultés. Répertoire de droit des sociétés, avril 2015.
- GERMAIN Michel, DELEBECQUE Philippe, Droit commercial, Tome 2, 17ième éd., LGDJ.
- GUYON Yves, Droit des affaires : droit commercial général et société, t.1, 11ième éd., Economica 2001.
- LAMY, Sociétés commerciales, 1999.
- LATROUS Bachir, La responsabilité des dirigeants de sociétés en cas de faillite, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, 1992, vol.2, p.161.
- LE BARS Benoît : Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Répertoire droit des sociétés, Dalloz, avril 2004.
- MARTIN-SERFA., Panoramades fautes de gestion : RTDCom.1999 ,p.983
- RIPPERT ET ROBLOT, par M.GERMAIN, Traité de droit commercial, t.1, vol.2, 18ième éd., 2002, LGDJ

Les déchéances attachées par la loi à la faillite des commerçants sont prévues à l'article 243 du code de commerce qui dispose : « le débiteur dont la faillite a été prononcée est soumis aux interdictions et déchéances prévues par la loi.... »

L'incohérence des textes du code de commerce et du code pénal relatifs aux sanctions est manifeste : l'article 383 du code pénal ne prévoit aucune déchéance, aucune interdiction en ce qui concerne le banqueroutier simple, mais en vertu de l'article 381 du code de commerce qui renvoie à l'article 243 du même code, le banqueroutier simple est soumis aux déchéances.

L'article 383 du code pénal punit le banqueroutier frauduleux de l'emprisonnement, de l'amende et d'une interdiction et en outre, en vertu de l'article 381 du code de commerce, par renvoi à l'article 243 du code de commerce, des déchéances.

La rédaction maladroite de ces textes est évidente, ce qui rend la technique des renvois encore plus délicate.

Les dirigeants des sociétés ne sont pas uniformément soumis au même régime de responsabilité au cours des procédures collectives.

Les textes relatifs à cette question sont multiples, complexes et d'un maniement peu sûr.

Nous estimons que la mise en cause de la responsabilité des dirigeants en cas de procédures collectives devraient donc obéir à des conditions identiques à l'exclusion de toute prise en considération de circonstances étrangères aux critères de responsabilité, telles que la forme sociale, l'état financier de la société, ou bien des textes plus ou moins spéciaux applicables dont l'intention serait de faire bénéficier les dirigeants d'une sorte d'immunité.

Mauvaise tenue de la comptabilité

Le délit est réalisé quand le débiteur ne comptabilise pas les échéances « lourdes »⁷⁰ ou ne peut présenter les justificatifs de ses écritures comptables

Répression

Les peines de banqueroute sont prévues par le code pénal. L'article 383 du code pénal dispose que : « Ceux qui, dans le cas prévu par le code de commerce, sont déclarés coupables de banqueroute, sont punis :

- les banqueroutiers simples, d'un emprisonnement de deux (2) mois à deux (2) ans et d'une amende de vingt cinq mille (25.000) DA à deux cent mille (200.000) DA;

- les banqueroutiers frauduleux, d'un emprisonnement d'un (1) an à cinq (5) ans et d'une amende de cent mille (100.000) DA à cinq cent mille (500.000) DA »⁷¹

La loi pénale prévoit de plus que ces personnes physiques déclarées coupables de banqueroute frauduleuse encourent également des peines complémentaires : « ... En outre, l'interdiction pendant un (1) an au moins et cinq (5) ans au plus d'un ou plusieurs des droits mentionnés à l'article 9 bis 1 de la présente loi peut être prononcée à l'encontre des banqueroutiers frauduleux ».

Il est observé que ces interdictions ne s'appliquent qu'aux banqueroutiers frauduleux en application de l'article 383 du code pénal. Mais alors comment comprendre l'article 381 du code de commerce qui dispose que : « les échéances attachées par la loi à la faillite des commerçants sont applicables de plein droit aux personnes condamnées en application des articles 378 à 380 », c'est-à-dire aux banqueroutiers simples et banqueroutiers frauduleux.

70- Cass.crim. 31 janvier 2007, n° 06-81 . 923

71- Article 383 du code pénal : « Ceux qui, dans le cas prévu par le code de commerce, sont déclarés coupables de banqueroute, sont punis :

- les banqueroutiers simples, d'un emprisonnement de deux (2) mois à deux (2) ans et d'une amende de vingt cinq mille (25.000) DA à deux cent mille (200.000) DA;

- les banqueroutiers frauduleux, d'un emprisonnement d'un (1) an à cinq (5) ans et d'une amende de cent mille (100.000) DA à cinq cent mille (500.000) DA.

En outre, l'interdiction pendant un (1) an au moins et cinq (5) ans au plus d'un ou plusieurs des droits mentionnés à l'article 9 bis 1 de la présente loi peut être prononcée à l'encontre des banqueroutiers frauduleux.

Une difficulté essentielle de la mise en œuvre de l'article 379 réside dans la détermination du moment où ont été commis le détournement ou la dissimulation de tout ou partie de l'actif de la société, car le texte ne le précise pas. En d'autres termes, l'acte matériel de banqueroute frauduleuse doit – il avoir été commis avant cette date ?

Lorsque l'on retient des actes antérieurs à la cessation des paiements, celle-ci doit avoir été la conséquence des actes de détournement ou de dissimulation⁶⁸. De plus, le débiteur doit avoir eu l'intention de diminuer par ces manœuvres le gage des créanciers.

Pour les faits postérieurs, la solution est plus aisée car la cessation des paiements est déjà intervenue et le juge répressif en détermine la date en considération des éléments de preuve qui lui sont présentés.

Emploi des moyens ruineux

Est un acte constitutif de délits punis par les peines de banqueroute simple le fait d'avoir dans l'intention de retarder la constatation de cessation des paiements de la société, fait des achats en vue d'une revente au dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds. La vente à perte peut être imposée par les circonstances ou résulter d'une faute de gestion. Pour la retenir, il faut établir qu'au moment de l'achat le dirigeant – et les personnes visées à l'article 378 al.1 du code de commerce – avaient déjà l'intention de revendre à perte pour retarder l'ouverture de la procédure.

La seule liquidation de marchandises dans des conditions désastreuses, si elle est faite pour retarder la constatation de la cessation des paiements de la société, pourrait être considérée, dans certaines circonstances, comme un moyen ruineux de se procurer des fonds.

Le seul fait pour un dirigeant de souscrire un emprunt bancaire au profit d'une société en état de cessation de paiements depuis trois ans ne suffit pas, en l'absence de précisions sur les conditions du prêt, à caractériser le délit de banqueroute par l'emploi de moyens ruineux⁶⁹.

68- Justifiant leur décision les juges du fond qui relèvent que les détournements constatés avaient provoqué la cessation des paiements. Cass.crim. 5 octobre 1992, Bull. Joly 1993 ; 252, note B. BOULOC ; JCP éd. E 1993. I. 277, n°21, obs. P. PETEL et M. CABRILLAC

69- Cass.crim. 26 septembre 1996, Joly 1997. 112 note J-F BARBIERI

Délits punis des peines de la banqueroute frauduleuse :

L'article 383 du code pénal punit des peines de la banqueroute frauduleuse :

1-ou soustrait des livres de la société,

2-ou détourné ou dissimulé une partie de son actif

3-ou reconnu la société débitrice de sommes qu'elle ne devait pas, soit dans les écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit dans le bilan.

Délits punis des peines de la banqueroute simple :

L'article 378 du code de commerce punit des peines de la banqueroute simple :

1-Soit consommé de fortes sommes appartenant à la société en faisant des opérations de pur hasard ou des opérations fictives;

2-Soit dans l'intention de retarder la constatation de cessation des paiements de la société, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou, dans la même intention, employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds;

3-Soit après cessation des paiements de la société, payé ou fait payer un créancier au préjudice de la masse ;

4-Soit fait contracter par la société, pour le compte d'autrui, sans qu'elle reçoive de valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables eu égard à sa situation lorsqu'elle les a contractés ;

Les développements qui suivent examinent quelques faits positifs que sont : le détournement, la dissimulation ou l'emploi de moyens ruineux et mauvaise tenue de la comptabilité.

Détournement ou dissimulation d'actifs

Le détournement comme la dissimulation permettent de caractériser tout acte par lequel le dirigeant soustrait une partie de l'actif de la société à une époque précise où cet actif devait être uniquement utilisé pour faire face au passif exigible. Le délit puni des peines de banqueroute frauduleuse par détournement d'actif suppose, pour être constitué à l'égard d'un dirigeant social, « l'existence d'une dissipation volontaire d'un élément du patrimoine d'une société en état de cessation des paiements⁶⁷ ».

67- Cass.crim. 22 août 1995, Bull. crim. n°267

paille » bien connu dans la vie des affaires et que les tribunaux répressifs ont très tôt pris en considération. Il est, en effet, normal que celui qui a dirigé en fait la personne morale engage sa responsabilité civile et pénale pour les fautes graves qu'il a pu commettre.

Toutefois, les gérants des sociétés en nom collectif ou en commandite ayant la qualité de commerçant – ce qui paraît viser exclusivement les gérants associés- sont soumis aux dispositions concernant la banqueroute des personnes physiques, et non à celles qui sanctionnent les délits des dirigeants sociaux.

La cessation de paiement, sans être constatée par un jugement déclaratif de règlement judiciaire ou de faillite est une condition préalable de l'infraction de banqueroute. La rédaction du texte d'incrimination induit cette interprétation : « en cas de cessation de paiements d'une société, sont punis de la banqueroute les administrateurs, les gérants »⁶⁶.

Les agissements constitutifs de l'infraction de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse énumérés par la loi ne peuvent avoir d'existence que dans le contexte d'une cessation de paiements même si celle-ci n'a pas été constatée par un jugement déclaratif. La procédure doit être ouverte pour que les personnes qui en font l'objet puissent être pénalement poursuivies.

Les délits assimilés aux banqueroutes sont des infractions spéciales qui sont réservées, selon la volonté du législateur, aux faits visés par la loi.

Le cadre de cet article ne permet pas d'examiner, même sommairement, tous les faits de banqueroute; mais un bref exposé des plus importants leur sera consacré.

Les éléments constitutifs des délits punis de la banqueroute

L'élément moral du délit est constitué par l'intention. Le texte même de l'article 379 contient soit implicitement : « détourné ou dissimulé une partie de l'actif de la société », soit expressément : (emploi de l'adverbe « frauduleusement ») cet élément intentionnel.

Quant à l'élément matériel, le texte envisage essentiellement des actes positifs :

⁶⁶ Article 378 du code de commerce : op. cit

Art 379 du code de commerce : op.cit

La responsabilité des dirigeants au cours des procédures collectives

En cas de cessation de paiements d'une société sont punis de banqueroute frauduleuse les dirigeants contre lesquels est relevé un des faits visés par l'article 379 du code de commerce⁶⁵.

Les dirigeants visés sont d'abord les dirigeants de droit : les administrateurs, directeurs ou liquidateurs d'une société anonyme, les gérants ou liquidateurs d'une société à responsabilité limitée et, d'une manière générale, les mandataires sociaux.

Les articles 378 et 379 du code de commerce ne visent que les organes officiellement compétents. En d'autres termes, pourquoi l'exclusion des dirigeants de faits ? Pourquoi refuser d'appliquer le même régime à ceux qui dirigent en fait, sans avoir été investis de leurs pouvoirs par des organes compétents ?

Cette exclusion présente le grave inconvénient de placer hors du champ de la répression les agissements de ceux qui avaient l'habileté de jouer un rôle déterminant dans la conduite des affaires sociales tout en laissant entre les mains d'hommes de paille les attributs théoriques des fonctions officielles. Pourtant, les articles 805, 833, 834 et 835 du code de commerce visent « toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura en fait, exercé la direction, l'administration de la société sous le couvert et aux lieu et place de leurs représentants légaux ». Manifestement ces textes visent les dirigeants de fait. De plus, l'incrimination de « toute personne qui a directement ou indirectement dirigé.... » vise évidemment le couple « animateur-homme de

une condamnation peut être prononcée pour banqueroute simple ou frauduleuse sans que la cessation des paiements ait été constatée par un jugement déclaratif ».

Tirant argument de l'indépendance de l'action publique et de l'action civile, la juridiction répressive peut constater un état de cessation des paiements qui n'a pas encore été reconnu par un tribunal de commerce, sans être tenue de surseoir à statuer jusqu'à la décision de celui-ci (Cass. Crim. 18 novembre 1991, JCP. 1993 II 22102, note M.-C. Sordino.) .

La circonstance que les pourvois formés par le prévenu contre les arrêts prononçant son redressement judiciaire puis sa liquidation judiciaire soient pendant devant la Cour de cassation est sans incidence sur les poursuites engagées du chef de banqueroute (Crim.24 mars 2010, D. 2010. ; Rev.sociétés 2010. 407, obs. Roussel Galle ; Rev. Sociétés 2010. 467, note Matsopoulou.)

65- Article 379 du code de commerce : « En cas de cessation de paiements d'une société, sont punis de peines de la banqueroute frauduleuse, les administrateurs, directeurs ou liquidateurs d'une société par actions, les gérants ou liquidateurs d'une société à responsabilité limitée et d'une manière générale tous mandataires sociaux, qui frauduleusement, ont soustrait les livres de la société, détourné ou dissimulé une partie de son actif ou qui, soit dans les écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit dans le bilan, ont reconnu la société débitrice de sommes qu'elle ne devait pas »..

Sanctions pénales

Outre les sanctions patrimoniales⁶², le code de commerce prévoit des sanctions pénales à l'encontre du dirigeant fautif.

Le fait pour un commerçant ou dirigeant de personne morale, de cesser ses paiements ou de placer l'entreprise dans cette situation n'a jamais constitué en soi une infraction, mais peut provoquer l'ouverture d'une procédure collective. Il se peut, cependant, que l'état de cessation de paiement ait été précédé, accompagné ou suivi de fautes de nature à léser les créanciers. Le recours au droit pénal apparaît alors comme le complément nécessaire de la procédure commerciale. Les faits punis des peines de la banqueroute peuvent être relevées au cours d'une procédure de redressement judiciaire ou de faillite.

Plus précisément, les faits qui peuvent être commis au cours d'une procédure de règlement judiciaire ou de faillite sont punis des peines de la banqueroute simple, et des peines de la banqueroute frauduleuse. Ces faits reçoivent la qualification de délits assimilés aux banqueroutes.

En cas de cessation de paiements d'une société sont punis de banqueroute simple les dirigeants contre lesquels est relevé un des cinq faits énumérés par l'article 378 du code de commerce^{63 64}.

62- En droit français, en vertu de l'article L.653-8 du code de commerce, le tribunal peut prononcer une mesure d'interdiction de gérer, à défaut du prononcé de la faillite personnelle.

63- Art 378 – « En cas de cessation de paiements d'une société, sont punis peines de la banqueroute simple les administrateurs, directeurs ou liquidateurs d'une société par actions, les gérants ou liquidateurs d'une société à responsabilité limitée et, d'une manière générale, tous mandataires sociaux qui ont en cette qualité et de mauvaise foi :

-1°) Soit consommé de fortes sommes appartenant à la société en faisant des opérations de pur hasard ou des opérations fictives;

- 2°) Soit dans l'intention de retarder la constatation de cessation des paiements de la société, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou, dans la même intention, employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds;

- 3°) Soit après cessation des paiements de la société, payé ou fait payer un créancier au préjudice de la masse ;

-4°) Soit fait contracter par la société, pour le compte d'autrui, sans qu'elle reçoive de valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables eu égard à sa situation lorsqu'elle les a contractés ;

-5°) Soit, tenu ou fait tenir irrégulièrement la comptabilité de la société. »

64- Article 225 du code de commerce : « en l'absence du jugement déclaratif, la faillite ou le règlement judiciaire ne résulte pas du fait de la cessation des paiements. Toutefois,

morale. Les textes qui établissent des déchéances étant d'interprétation stricte, chaque article doit être limité au domaine d'application qui lui est propre.

Les personnes auxquelles s'appliquent ces interdictions et déchéances sont exclusivement des personnes physiques parce que les déchéances d'ordre civique et professionnel ne se conçoivent, en principe, qu'à l'égard des personnes physiques⁵⁸.

Dans tous les cas, les déchéances sont applicables aux dirigeants qui ont commis les fautes visées par la loi même s'ils ne sont plus en fonction lors du prononcé du règlement judiciaire ou la faillite de la personne morale. « Il serait choquant qu'un dirigeant fautif puisse échapper à toute sanction en donnant sa démission en temps utile »⁵⁹.

L'issue de l'action en extension de la procédure nous mène vers l'objectif primordial de cette procédure à savoir : la responsabilité du dirigeant du passif social sur son patrimoine personnel, pire encore celui-ci subit « les conséquences du redressement et de liquidation de la personne morale »⁶⁰.

Rien n'est prévu dans la loi, en cas de non exécution de la condamnation mise à charge du dirigeant ou de l'associé condamné à supporter tout ou partie du passif de la société.

Comme dans l'action en comblement de passif, les seules atteintes au patrimoine personnel du dirigeant peuvent se révéler insuffisantes ou limitées : quelle est la sanction ?

Le volet pénal est prévu puisque le dirigeant est passible de la sanction de banqueroute qui vise à sanctionner pénalement tout dirigeant ayant commis des faits de gravité importante⁶¹.

58- Le tribunal dispose d'un large pouvoir pour adapter le contenu de l'interdiction à la situation particulière du débiteur ou des dirigeants poursuivis.

59- Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN, *op.cit.*, n° 3303

60- Yves GUYON, *Droit des affaires : droit commercial général et sociétés*, t1, 11ième éd., Economica 2001.

61- En droit français, le législateur a prévu des sanctions professionnelles, qui consistent à réprimer les agissements fautifs les plus graves, et qui ont des conséquences redoutables dans la mesure où elles évincent le dirigeant de la vie des affaires.

permet de ne pas prononcer le règlement judiciaire ou la faillite d'un dirigeant lorsque celui-ci mérite une certaine indulgence, bien qu'il se trouve dans l'un des cas énumérés⁵¹.

Si le tribunal choisit de prononcer le règlement judiciaire ou la faillite du dirigeant, le passif qui sera imputable à ce dernier comprendra, outre son passif personnel, celui de la personne morale. Par exception, l'intervention du droit pénal bouscule, éventuellement, toutes ces règles: une condamnation pour banqueroute ou délit assimilé peut être prononcée par un tribunal répressif même si la cessation de paiements n'a pas été constatée par un tribunal de commerce et la faillite personnelle en découle de plein droit^{52, 53}.

En cas de règlement judiciaire ou de faillite d'une personne morale, la faillite personnelle qui frappe les dirigeants sociaux entraîne ou peut entraîner des atteintes graves dans leurs prérogatives d'associés⁵⁴.

Le dirigeant dont la faillite a été prononcée⁵⁵, est soumis aux interdictions et déchéances prévues par la loi. Sous réserve de dispositions légales contraires, ces interdictions ou déchéances durent jusqu'à la réhabilitation.^{56 57}. C'est une sanction automatique, et en principe, indépendante du sort réservé à la personne

51- S'il est vrai que la fraude fiscale ne constitue pas un cas de faillite personnelle, il en va différemment de l'augmentation frauduleuse du passif visée par l'article L.653-3, 3° - Cass. Com., 29 avril 2014. 404, obs. Roussel Galle

52- Article 225 du code de commerce

53- La faillite personnelle, en droit français, est prononcée le cas échéant, au cours du règlement judiciaire ou de faillite, pour frapper de déchéances civiles et professionnelles le débiteur qui a commis certaines fautes dans la gestion de son entreprise ou, s'il s'agit d'une personne morale, les dirigeants fautifs.

54- L'article 262 du code de commerce dispose : « à partir du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la faillite d'une personne morale, les dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ne peuvent céder les parts ou actions représentant leurs droits sociaux qu'avec l'autorisation du juge commissaire. Le tribunal prononce l'incessibilité des actions et parts sociales de toute personne qui s'est immiscée dans la gestion de la personne morale à quelque moment que cette immixtion ait été constatée ». Cette mesure conservatoire prépare éventuellement la saisie.

55- Article 381 : « Les déchéances attachées par la loi à la faillite des commerçants sont applicables de plein droit aux personnes condamnées par application des articles 378 à 380 ».

56- Article 243 du code de commerce

57- Le droit commercial emprunte au droit pénal l'idée de la réhabilitation. Le débiteur qui se conduit bien peut, ou même, doit être relevé des déchéances civiles et professionnelles dont il a été frappé.

La cessation des paiements n'est pas requise chez le dirigeant poursuivi, dès lors que la personne morale se trouve dans cet état. Aussi, l'article 224 alinéa 3 du code de commerce précise-t-il que : « la date de cessation des paiements est celle fixée par le jugement prononçant le règlement judiciaire ou la faillite de la personne morale »

Il ne paraît pas douteux que l'action puisse être exercée contre un ancien dirigeant qui n'est plus en fonctions lorsque la société est déclarée en état de règlement judiciaire ou de faillite, s'il s'est rendu coupable précédemment des actes réprimés par la loi.

A travers le libellé de l'article 224 du code de commerce, on peut noter qu'il y a une distinction des procédures ouvertes respectivement contre la personne morale et les dirigeants. De ce principe, il faut déduire que les mesures prononcées contre la personne morale et les dirigeants ne sont pas nécessairement identiques. La personne morale peut obtenir le bénéfice du règlement judiciaire parce que l'entreprise est économiquement viable, alors que les dirigeants sont déclarés en état de faillite et éliminés, ou inversement.

De la distinction des deux procédures, l'article 224 du code de commerce réduit encore logiquement la séparation des deux masses. Alors que la masse ne comprend que les créanciers sociaux dans la procédure ouverte contre la personne morale, le passif de chaque dirigeant, comprend son passif personnel et celui de la personne morale⁵⁰.

Nature et caractères de l'action.

Alors que la demande en comblement de passif s'analyse comme une action en responsabilité destinée à réparer un préjudice par une condamnation pécuniaire, la lecture des faits énumérés à l'article 224 du code de commerce fait ressortir que cette cause particulière d'ouverture s'applique à celui qui, détenant le pouvoir dans l'entreprise, en a abusé pour se livrer à des agissements répréhensibles. Le dirigeant fautif est sanctionné par l'ouverture d'une procédure personnelle qui lui fait supporter outre son passif personnel celui de la société dont il s'est servi à des fins propres. L'intention répressive du législateur est évidente. Cependant, la formule légale « peut être déclaré personnellement..... », laisse au tribunal un pouvoir d'appréciation qui lui

⁵⁰- Article 224-alinéa 2 du code de commerce « le passif comprend, outre le passif personnel celui de la personne morale »

L'expression « biens sociaux » est assez large pour englober les biens de toute personne morale, quelle qu'en soit la nature. L'usage des biens sociaux est également une formule très large englobant et même débordant la disposition des biens sociaux qui permet de prononcer la faillite du maître de l'affaire.

L'acte en cause doit comporter disposition des biens meubles ou immeubles composant le patrimoine de la personne morale, ou de ceux dont elle peut avoir la détention, pour son activité sociale y compris des fonds ou effets en dépôt. La formule utilisée par le législateur implique que le dirigeant se comporte en maître ou en propriétaire de la chose alors qu'en réalité, il s'agit d'un bien de la personne morale.

Le maintien abusif de la vie sociale dans l'intérêt personnel des dirigeants constitue également un cas de mise personnelle en règlement judiciaire ou en faillite.

Trois conditions sont mises par le texte :

1-le caractère déficitaire de l'exploitation ;

2-la poursuite de l'exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements.

3-la troisième condition réside dans l'intérêt personnel du dirigeant.

L'article 224 du code de commerce permet d'atteindre de nombreuses situations ; de plus, à côté des sociétés de façade, le texte sanctionne l'indélicatesse des dirigeants qui ont poursuivi abusivement une exploitation déficitaire dans leur intérêt personnel. Il s'agit d'une véritable action en déclaration de liquidation de biens, et non d'une action en responsabilité. C'est une action accessoire à l'action principale ouverte contre la personne morale, néanmoins distincte de celle-ci.

Conditions de l'exercice de l'action.

Etant accessoire à la procédure ouverte contre la personne morale, l'action dirigée contre les dirigeants suppose que la personne morale est déclarée en état de règlement judiciaire ou de faillite.

La responsabilité des dirigeants au cours des procédures collectives

ce dernier est soumis à toutes les conséquences de règlement judiciaire ou de faillite.

La mise personnelle du dirigeant en règlement judiciaire ou en faillite peut intervenir dans les hypothèses énumérées à l'article 224 du code de commerce.

En cas de règlement judiciaire ou de faillite d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en règlement judiciaire ou en faillite tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, qui a :

- Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, fait des actes de commerce dans un intérêt personnel, ou disposé des biens sociaux comme des siens propres ;

- Ou poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

Bien qu'ils ne soient pas commerçants, s'ils ont accompli certains actes d'utilisation abusive de la personnalité morale de la société dans leur intérêt personnel, ces dirigeants sont atteints par les procédures collectives.

L'énoncé de l'article 224 du code de commerce implique que soit rapportée la preuve de trois éléments distincts :

1- le dirigeant se dissimule derrière la personne morale. Il l'utilise comme un écran derrière lequel il se cache pour perpétrer ses agissements.

2- l'accomplissement d'actes de commerce. On relèvera l'utilisation du pluriel qui ne permet pas de retenir l'acte isolé, il en faut plusieurs pour établir le mauvais usage que le dirigeant fait de son pouvoir et pour justifier l'application d'une mesure aussi grave.

3- l'intérêt personnel du dirigeant poursuivi est un des éléments exigés par la loi. Il peut être direct ou indirect par le truchement d'une personne morale dans laquelle est intéressé le dirigeant⁴⁹.

En visant tout dirigeant, de droit ou de fait, la loi implique qu'un dirigeant de droit ne peut prétendre n'avoir été qu'un prête - nom du dirigeant de fait de la société ; ou prétendre avoir abandonné l'exercice effectif de ses fonctions à un dirigeant de fait.

49- L'intérêt personnel peut être, par exemple, la perception d'une rémunération élevée, le souci de se faire rembourser un compte courant ou faire payer une dette sociale pour laquelle il s'était porté caution, etc..

Le régime de l'article 578 al.2 est différent. Le tribunal peut prononcer ou non une condamnation, même si la faute du gérant est établie. Dans l'affirmative, il peut mettre à la charge des gérants la totalité des dettes sociales, même si leur faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles, ou une partie seulement des dettes sociales, avec ou sans solidarité. Il faut ici souligner que la solidarité⁴⁶ n'étant pas de droit, l'effet interruptif de prescription ne joue pas à l'égard des autres dirigeants. L'appréciation des juges du fond est souveraine.

Mais il est certain, que le régime original de responsabilité établi par l'article 578 al.2 et 3 ne peut concerner que la gestion des gérants antérieure au jugement déclaratif et que le montant de la condamnation ne peut pas dépasser l'insuffisance d'actif⁴⁷ existant à cette date, telle qu'elle peut être appréciée le jour de la décision de condamnation⁴⁸.

La mise personnelle en règlement judiciaire ou en faillite.

La deuxième sanction prévue par la loi consiste dans l'ouverture d'une procédure du règlement judiciaire ou de faillite aux dirigeants de la société en difficultés.

A la différence de l'action en comblement de passif qui repose sur la commission d'une faute ayant contribué à l'insuffisance de l'actif, cette sanction se concrétise par la commission de l'un des faits énumérés limitativement par l'article 224 du code de commerce. L'action en ouverture ou déclaration de procédure aux dirigeants a un objectif évident : la prise en charge du passif de la personne morale par le dirigeant fautif. Pour y arriver,

solidairement, selon le cas, envers la société ou, envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés par actions, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Si plusieurs administrateurs ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.

46- Bachir LATROUS, La responsabilité des dirigeants en cas de faillite, *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, 1992, vol.2, p.161

47- Le tribunal peut décider que l'insuffisance d'actif sera supportée en tout ou en partie par le gérant. Mais la condamnation qu'il prononce ne peut jamais être supérieure à l'insuffisance d'actif. En cas de pénalité des gérants, toute liberté est laissée au tribunal, en fonction des fautes et des circonstances, pour les condamner tous, ou certains d'entre eux seulement, à payer, tout ou partie du passif, divisément ou solidairement.

48-. Michel GERMAIN et Philippe DELEBECQUE, *op.cit.* n°3286. « l'insuffisance d'actif est à la fois l'une des conditions d'ouverture de l'action en comblement, et le plafond de la condamnation que peut encourir le dirigeant. »

soit établi que le dirigeant était en fonction lorsque sont nées les difficultés mêmes qui ont entraîné l'ouverture de la procédure collective de la personne morale⁴².

Quel est le sort du dirigeant à la charge duquel a été mis tout ou partie du passif de la société et qui ne s'acquitte pas de cette dette ? Rien n'est prévu en droit algérien⁴³

Exclusion de l'action ordinaire en responsabilité civile.

L'aménagement par le législateur d'une action spécifique en comblement de passif, contre les dirigeants, a-t-il ou non pour effet d'exclure, corrélativement, la possibilité d'agir contre eux sur la base d'une action ordinaire en responsabilité civile ? Les deux actions ne s'excluent pas et que le cumul est possible, le syndic peut recourir à l'une comme à l'autre⁴⁴.

Le principe de non cumul n'empêche pas un créancier de demander au dirigeant réparation d'un préjudice particulier et distinct de celui de l'ensemble des créanciers.

Le tribunal saisi d'une action en responsabilité de droit commun doit, s'il constate l'existence d'une faute, prononcer une condamnation égale au montant du préjudice subi par la victime (l'article 578 al.1 et article 715 bis 23)⁴⁵.

42- Guillaume CREFF, La responsabilité des dirigeants sociaux retirés, RTDCom. 1978, p.479

43- En droit français, le tribunal a la possibilité de prononcer une condamnation à la faillite personnelle ou une interdiction de gérer, avec privation du droit de vote dans une assemblée de la personne morale (article L 653-6 du code de commerce).

44-Ainsi, en présence d'une procédure collective frappant une société, un créancier est irrecevable à exercer contre le gérant, à qui il impute des fautes de gestion, l'action en réparation du préjudice résultant du non-paiement de sa créance sur la base de l'action en responsabilité civile.

L'action en responsabilité civile est également fermée pour les associés qui ne peuvent, notamment, pas agir en dernière instance pour faute de gestion contre le gérant. En droit français la règle, dite de non cumul des actions en responsabilité intentées contre les dirigeants du fait des dettes sociales, dégagée par la jurisprudence, a fait l'objet de nombreuses décisions de justice et de commentaires doctrinaux abondants que divergents .

45- Article 578 alinéa 1 : « Les gérants sont responsables conformément aux règles de droit commun, individuellement ou solidairement suivant les cas, envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux dispositions du présent code, soit des violations des statuts, soit des fautes commises par eux dans leur gestion..... »

Article. 715 bis 23. « Les administrateurs sont responsables individuellement ou

mise en liquidation judiciaire puisque l'acte d'apport n'a pas été réalisé en sa qualité de dirigeant, mais en sa qualité d'associé³⁶.

En d'autres termes, l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, qui est imputable aux associés, ne constitue pas une faute de gestion.

Constitue une grande imprudence et une faute le fait par un gérant d'accepter son poste alors que la situation de la société est déjà irrémédiablement compromise. Effectivement, l'acceptation d'une présidence ou d'une gérance appelle l'examen préalable de la situation exacte de la société, surtout si elle est en difficulté³⁷.

Il revient au juge du fond d'exercer son pouvoir souverain d'appréciation à défaut de définition précise³⁸. La faute de gestion reprochée aux dirigeants doit avoir été commise avant le jugement prononçant la faillite. Il ne peut en être autrement puisque l'insuffisance d'actif, qui en résulte, doit être elle-même antérieure ou concomitante à l'ouverture de la procédure.

Le maintien en connaissance de cause d'une activité déficitaire constitue une faute de gestion³⁹. Certains auteurs proposent de classer les fautes de gestion suivant le comportement « aventureux », « négligent », ou « hors la loi » du dirigeant⁴⁰.

L'action en comblement de passif peut être exercée non seulement contre le dirigeant en fonction au jour du jugement prononçant la faillite, mais aussi contre celui dont le mandat a pris fin pour quelque cause que ce soit avant le prononcé de la faillite. Toutefois, des conditions doivent alors être réunies. Il ne suffit pas, pour les juges de constater qu'une insuffisance d'actif social « était en germe »⁴¹ au moment du départ du dirigeant. Il faut encore qu'il

36- Cass.com. 10 mars 2015, Rev. des sociétés 2015 p.468, obs. Didier Poracchia ; D.2015 p.678, obs., A.Lienhard. En d'autres termes, l'action en comblement de l'insuffisance d'actif ne peut sanctionner que les fautes commises par le dirigeant de la personne morale en cette qualité. Il n'a pas pour objet de saisir les comportements de la personne dirigeante extérieurs à l'exercice du pouvoir de direction de la personne morale.

37- Cass.com., 27 avril 1993, JCP 1993, I, p.277

38- Elizabeth FORTIS, Entreprises en difficultés (responsabilités et sanctions), Répertoire de droit des sociétés, Avril 2015, n°31

39- Cass.com., 14 janvier 2004, JurisData 2004- 021874

40- Serge HADJI ARTINIAN, La faute de gestion en droit des sociétés, Litec 2001, n°60 s.

41- Cass.com, 2 mai 1985, Gaz-Pal., 1986, 1, p.26, note A.Honorat

La responsabilité des dirigeants au cours des procédures collectives

de la procédure collective qu'elle est la plus fréquente engendrant ainsi la responsabilité des dirigeants en cas d'insuffisance d'actif.

La qualification de la faute de gestion, qui n'est pas définie par le code de commerce, relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, et doit être déduite du comportement passé du dirigeant par comparaison à ce qu'aurait été le comportement d'un dirigeant normalement compétent et placé dans la même situation.

La difficulté concrète est alors de déterminer le seuil de gravité à partir duquel l'erreur dans l'appréciation des opportunités de gestion commise lors de la prise de décision, qui fait partie des aléas de la vie des affaires, devient une faute de gestion au titre de la responsabilité civile des dirigeants.

L'éventail des fautes retenues à l'encontre des dirigeants est très vaste. Il peut aussi bien s'agir d'une négligence ou d'une simple imprudence que d'une manœuvre frauduleuse, commise par un dirigeant de droit ou de fait. En pratique, le juge apprécie, au cas par cas, cette notion de faute de gestion. Mais, il en a une vision plus extensive lorsque la société n'est pas in bonis.

La violation de la loi ou des statuts constitue, en elle-même, une faute. En dehors de cette hypothèse caractérisée, la faute de gestion s'entend d'une faute commise dans l'administration générale de la société par actions ou omissions.

La faute de gestion qui peut être une faute positive ou même une abstention blâmable, n'est pas facile à définir ou à apprécier, non seulement parce qu'elle s'apprécie par rapport à des normes de gestion qui ne sont pas clairement définies dans la loi, mais aussi et surtout parce qu'elle renferme des cas multiples et variés, ce qui rend impossible d'en dresser une liste exhaustive.

L'inventaire des décisions rendues par les tribunaux en fournit de nombreux exemples^{34 35}.

Aussi, lorsque l'insuffisance d'actif puise sa source dans l'insuffisance des apports réalisés par un associé devenu dirigeant, ce seul fait ne peut pas permettre de le condamner à supporter l'insuffisance d'actif de la société

34- Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN, op.cit. n°3285

35- Absence des décisions rendues par les juridictions algériennes

L'insuffisance d'actif se distingue de la simple cessation des paiements.

L'existence et le montant de l'insuffisance de l'actif social doivent être appréciés au moment où statue la juridiction saisie de l'action tendant à faire supporter tout ou partie de cette insuffisance d'actif par un dirigeant³⁰.

L'insuffisance d'actif n'a pas à être définitivement chiffrée pour que les dirigeants sociaux puissent être condamnés. Il suffit qu'il soit établi de manière certaine au moment où le tribunal ou la cour statue que la procédure d'apurement du passif atteignant la personne morale ne permettra pas de payer intégralement tous les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture.

La clôture pour insuffisance d'actif n'est pas un obstacle à l'action en comblement de passif. Une intervention rapide peut présenter l'intérêt d'empêcher les dirigeants d'organiser leur insolvabilité. La gestion sociale, qui ne peut donner lieu à l'action en comblement de passif, est celle qui est postérieure à l'ouverture de la procédure collective et non celle qui est postérieure à la déclaration de cessation de paiements. Seule la gestion antérieure au jugement d'ouverture peut donc être incriminée.

Faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif³¹.

Les erreurs de gestion peuvent présenter des degrés de gravité plus ou moins importants ; l'acte répréhensible peut se produire de manière isolée mais, le plus souvent, il existe un faisceau de faits positifs ou de simples abstentions ou imprudences qui, au bout du compte, caractérise la faute de gestion³².

Celle-ci est donc composée d'éléments divers. Elle peut apparaître dès la création de l'entreprise³³ mais, le plus souvent, c'est au cours de l'activité et ou durant la période de la cessation de paiements jusqu'au jugement d'ouverture

30- Cass.com, 30 janvier 1990, Bull.civ., IV n°30, p.19. CA.Paris 19mars 1991, D.1990, p373 ; obs., Honorat

31- A.MARTIN-SERF, Panorama des fautes de gestion : RTDCom.1999 ,p.983

32- Il est rappelé que les recherches entreprises pour être en possession des décisions émanant des juridictions algériennes sont demeurées vaines

33- La faute peut exister dès la création de la personne morale, par exemple, par cause d'insuffisance des financements réunis par rapport aux investissements à réaliser ou de fixation d'une rémunération disproportionnée par rapport aux résultats prévisionnels.

Dans la société par actions, le texte est muet en ce qui concerne l'exonération de responsabilité.

La lecture de l'article 578 alinéa 2 fait apparaître :

- L'exigence d'une insuffisance d'actif de la personne morale en faillite,
- Une faute de gestion du dirigeant
- La liberté du tribunal dans le prononcé de la condamnation.

Pour la société par actions, l'article 715 bis 27 mentionne que les personnes visées : « ...peuvent être rendues responsables du passif social... ».

Insuffisance d'actif de la personne morale en faillite²⁸.

L'insuffisance d'actif est la condition préalable à l'exercice de l'action en comblement du passif. C'est la condition de dommage, élément nécessaire de la responsabilité civile. L'insuffisance d'actif, c'est la fraction de dettes non couvertes par les biens sociaux. Il n'est pas nécessaire que la procédure soit clôturée pour cause d'insuffisance d'actif ; il suffit que l'actif soit inférieur au passif²⁹.

L'article 578 al.2 ne prévoit pas qu'en cas de faillite de la société, les gérants sont responsables de l'excédent du passif sur l'actif, il prévoit simplement que lorsque la faillite de la société à responsabilité limitée fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, à la demande du syndic, décider que les dettes sociales seront supportées. Il en découle que la faillite de la société à responsabilité limitée ne comporte de conséquences à l'égard de ceux qui ont assumé la direction des affaires que lorsque le tribunal en décide spécialement ainsi. En effet, dès l'instant où la procédure est engagée sur l'initiative du syndic, le juge apprécie souverainement.

L'absence de jurisprudence en droit algérien, à ce sujet, est tout à fait regrettable, car la position des juges servirait à nous éclairer sur la justification d'une telle mesure.

28- L'article 715 bis 27 vise « ...peuvent être rendus responsables du passif social » est-il le similaire de « fait apparaître une insuffisance d'actif » de l'article 578 al.2 ?

29- CA. DOUAI, 1^{er} décembre 1955, D.1956, 223, note Goré

insuffisance d'actif, le tribunal peut à la demande du syndic²⁵ décider que les dettes sociales seront supportées jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera soit par les gérants associés ou non, salariés ou non, soit par les associés, soit par certains des uns ou autres, avec ou sans solidarité », «..... Pour dégager leur responsabilité, les gérants et les associés doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales, toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié »²⁶.

Cette disposition a un caractère transactionnel. Le législateur n'a pas osé infliger aux gérants, en toute hypothèse, la charge des dettes sociales ; il se borne à présumer que la faillite de la personne morale est due à leur mauvaise gestion laissant aux intéressés le soin de rapporter la preuve contraire²⁷. Malgré son caractère transactionnel, cette disposition demeure sévère pour le gérant.

Il est rappelé qu'il n'existe pas d'article similaire pour la société par actions. Peut-être une allusion à l'article 715bis 27 alinéa 2 : «.....peuvent être rendus responsables du passif social..... ».

25- L'état actuel du droit algérien ne permet qu'au syndic d'exercer l'action en comblement de passif et de mettre en mouvement la responsabilité des dirigeants sociaux. Dès lors, si le syndic s'abstient, volontairement ou involontairement de déclencher la procédure, la responsabilité des dirigeants ne sera pas engagée. D'abord, le tribunal ne peut pas se saisir d'office pour faire supporter aux dirigeants sociaux tout ou partie du passif social. Ensuite, les créanciers sociaux ne peuvent se substituer au syndic pour déclencher l'action en comblement de l'insuffisance d'actif.

26- La formule « mandataire salarié » est souvent considérée comme dépassée et insuffisante pour tracer les contours du statut des dirigeants sociaux qui ne sont pas tous des salariés.

27- En droit français, l'article 180 de la loi de 1985 devenu l'article L624-3 du code de commerce, renonçant à toute présomption, définit la responsabilité des dirigeants sociaux par application des principes généraux de la responsabilité civile : le tribunal doit constater désormais que les fautes de gestion ont contribué à l'insuffisance de l'actif social. Dalloz 2001, chron. Derrida, RTDCom. 2003 p.25. En d'autres termes, la loi nouvelle abandonne les présomptions de faute et de causalité qui existaient dans le système antérieur. En conséquence, la sévérité de l'action en comblement du passif exercée contre les dirigeants sociaux est atténuée par la suppression de la présomption de faute et de la présomption de causalité édictée par l'article 99 de la loi de 1967. « Cette réforme spectaculaire étant vivement réclamée par les milieux d'affaires » Michel GERMAIN et Philippe DELEBECQUE, Droit commercial. Tome 2, 17ième édition LGDJ, n°2822 .

faillite et aux banqueroutes. Le laconisme de ce texte pose pas moins de deux ordres de problèmes :

1-En vertu de l'article 217 du code de commerce, « les sociétés à capitaux totalement ou partiellement publics sont soumises aux dispositions du présent titre relatif aux faillites et règlements judiciaires ». Suivent deux alinéas étrangers à notre étude, mais qui comportent, néanmoins, les particularités propres à cette forme de société.

2-L'article 715 bis 27, logé au chapitre III intitulé « sociétés par actions » et à la section 10 intitulée « responsabilité civile » dispose : « ...en cas de règlement judiciaire ou de faillite de la société.... » ici c'est la société par actions qui est visée, c'est-à-dire ses dirigeants ; mais alors pourquoi le législateur nous renvoie aux personnes visées par les dispositions relatives au règlement judiciaire, à la faillite et aux banqueroutes. La construction de cet article n'est pas solide. Le recensement de ces personnes n'est pas praticable, pas sûr, et est hasardeux concernant, rappelons le, les sociétés par actions avec conseil d'administration et les sociétés à capitaux partiellement ou totalement publics – on est quelque peu égaré - car l'article 715 bis 28, relatif à la société par actions avec conseil de surveillance et directoire renferme lui aussi des dispositions pas claires²³.

Ceci étant, l'objectif poursuivi par ces actions est de réparer le préjudice²⁴ subi par la personne morale du fait du comportement de ses dirigeants.

A-La condamnation de l'action en comblement de passif.

La condamnation en comblement de passif social est envisagée à l'article 578 alinéa 2 qui précise : « En outre, si la faillite fait apparaître une

23- Article 715 bis 28 du code de commerce : « Lorsque la société est soumise aux dispositions des articles 644 à 672 ci-dessus, les membres du directoire sont soumis à la même responsabilité que les administrateurs. En cas de faillite ou de règlement judiciaire, les membres du directoire peuvent être rendus responsables du passif social et sont soumis aux interdictions et déchéances prévues en la matière ».

24- Il est très largement admis que cette action ne procède pas de la volonté de punir, mais du désir de réparer un dommage ou de rétablir un équilibre rompu à la suite d'une faute

peuvent être recherchés au titre d'une action en responsabilité civile, même si le dirigeant a obtenu quitus de la collectivité des associés à condition que ses actes ne soient pas prescrits. Les dirigeants, qui ne commettent pas de fautes, ne sauraient être responsables des fautes de leurs successeurs non plus que de celles de leurs prédécesseurs. Mais la différence n'est pas toujours aussi nette « dans le comportement des dirigeants successifs »²⁰.

En d'autres termes, les dirigeants retirés peuvent être atteints par l'action en comblement. Le retrait d'un dirigeant conduit à poser une condition supplémentaire pour que joue la présomption légale. Le dirigeant retiré ne peut être condamné à combler le passif social qu'à la condition que la situation ayant abouti à l'insuffisance d'actif ait été créée alors que ce dirigeant se trouvait encore en fonction²¹.

Les administrateurs qui, « ayant constaté l'incompétence et l'incurie de leur président directeur général, avaient démissionné au lieu de provoquer sa révocation »²². Il serait injuste et inopportun que la défaillance sociale permette à celui qui a pu compromettre le destin de la personne morale, par sa faute, de s'affranchir des conséquences de celles-ci.

§2. Présentation de l'action en comblement de passif et l'action de déclaration de faillite.

L'article 578 alinéas 2 et 3 du code de commerce définit la responsabilité des dirigeants sociaux et des associés dans l'insuffisance d'actif de la société par application des principes généraux de la responsabilité civile, il reste que le régime et les effets de l'action en comblement du passif sont nettement différents de ceux de la responsabilité civile de droit commun.

L'action en comblement du passif est mise en œuvre à l'égard du gérant de la société à responsabilité limitée en vertu de l'article 578 al.2 et 3. Peut-on l'étendre au dirigeant de la société par actions dirigé par un conseil d'administration en vertu de l'article 715 bis 27 du code de commerce ?

Le doute subsiste justifié par le renvoi maladroit et incompréhensible aux personnes visées par les dispositions relatives au règlement judiciaire, à la

20- Guillaume CREFF, La responsabilité des dirigeants sociaux retirés, RTD Com. 1978, p.479.

21- Cass.com. 1^{er} juillet 1975, Rev. Sociétés, 1976, p.499, note J.P. Sortais

22- Lamy, Sociétés commerciales, 1999 n°2355.

Cette rigueur est compréhensible puisqu'une telle qualification fait peser sur les épaules de celui qui l'assume les mêmes obligations que celles du dirigeant de droit. Se voir qualifier de dirigeant de fait n'est donc pas sans conséquences. Ainsi la jurisprudence exige que le dirigeant de fait exerce ses fonctions en totale indépendance, et de manière active¹⁷. En outre, il faut que son activité revête un caractère continu et régulier, et ne saurait consister en une activité isolée.

Des recherches incessantes et continues sont demeurées vaines pour trouver des décisions rendues par les juridictions algériennes nécessaires, pour étayer tous ces développements.

Les articles 805, 834, et 836 du code du commerce prévoient que les dirigeants de fait peuvent voir leur responsabilité engagée au même titre que les dirigeants dits « de droit », et il est communément admis par la jurisprudence que le cumul des responsabilités entre dirigeant de droit et dirigeant de fait est possible. L'une n'exclut pas l'autre. En effet, le dirigeant de droit ne fait pas écran à la mise en cause de la responsabilité de la personne qui exercerait en réalité les fonctions de dirigeant¹⁸

Les héritiers d'un dirigeant de fait, d'un administrateur peuvent être poursuivis en comblement du passif social, car l'action en comblement du passif social est d'ordre patrimonial, donc transmissible par succession et est susceptible d'être exercée contre les héritiers¹⁹.

Anciens dirigeants

Le comblement du passif social ne concerne que les dirigeants en fonctions à la date d'ouverture de la procédure collective, ainsi que ceux dont la démission a été donnée alors que la situation de la société était irrémédiablement compromise. En effet, tous les cas antérieurs à la cessation de ses fonctions

peu importe les raisons pour les quelles le dirigeant de droit a abandonné des fonctions. Les deux catégories de dirigeants peuvent être condamnées. Une personne morale peut être un dirigeant de fait.

17- Cass.com., 23 mars 1971, Bull.Civ. IV n° 91 ; la participation du dirigeant de fait doit être active et positive, et ne saurait consister en de simples recommandations ou conseils

18- CA. Rouen. 23 mai 1978, JCP.1979. II. 19235

19- En droit algérien, les textes sont muets.

La notion de dirigeant de fait

Il faut éviter de confondre la théorie du dirigeant de fait du simple mandat apparent. En vertu du mandat apparent, une société peut être engagée par toute personne ne bénéficiant pas d'un mandat légal, lorsque les tiers ont pu légitimement croire que ce tiers disposait de tous les pouvoirs nécessaires pour engager la société¹³.

La théorie du gérant de fait a un domaine d'application bien plus large. Si le dirigeant de fait est le plus souvent apparent, il peut aussi être occulte, c'est-à-dire confier la gestion externe à un homme de paille, dépourvu de toute initiative.

En principe, seuls les organes prévus par la loi et les statuts et nommés par décisions sociales sont habilités à diriger une personne morale. Mais, sous le couvert et aux lieu et place des dirigeants de droit, les dirigeants de fait gèrent effectivement l'entreprise.

En d'autres termes, la notion de dirigeant de fait vise toute personne qui, directement ou par personne interposée, même s'il n'est pas actionnaire, exerce une activité positive¹⁴ et indépendante dans l'administration générale d'une société, sous le couvert et aux lieu et place de ses représentants légaux. « Est également un dirigeant de fait, celui qui exerce une activité de direction ou de gestion en toute liberté et indépendance »¹⁵. On notera, cependant, que la responsabilité du dirigeant de fait ne supprime pas celle du dirigeant de droit mais, le cas échéant, s'y ajoute¹⁶.

13- Benoît LE BARS, op.cit. n° 53.

14- Le dirigeant de droit est investi des pouvoirs pour gérer. S'il n'exerce aucune activité, il peut être poursuivi en comblement du passif, à la fois pour sa carence et parce qu'il laisse opérer à sa place un autre, qui est sans qualité. En revanche, on ne devient pas dirigeant de fait en s'abstenant, mais en décidant, en exécutant ou en faisant exécuter. Le dirigeant de fait est jugé parce qu'il a agi ; sa qualité ressort de son action. Une telle qualité exige une activité positive qui se traduit par des actes et des décisions. De simples suggestions et recommandations ne suffisent pas. Ce qui compte, c'est l'exercice du pouvoir de décision.

15- Michel GERMAIN, Droit commercial, Tome 2, 17^{ième} édit. LGDJ n°3281. Voir également : J-L. Rives-Lange, La notion de dirigeant de fait, D.1975. Chron.41 « la notion de dirigeant de fait vise celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction... »

16- Ainsi, il a été jugé qu'un gérant de droit ne pouvait invoquer, comme circonstance atténuante, son effacement derrière le dirigeant de fait, tout au contraire, l'acceptation de fonctions de complaisance constitue une faute d'une particulière gravité. En d'autres termes,

La responsabilité des dirigeants au cours des procédures collectives

d'autres termes, les pouvoirs du dirigeant de droit lui ont été conférés par les statuts de la société ou dans un texte législatif, c'est le cas, par exemple, du gérant de la société à responsabilité limitée⁸.

Dans les sociétés par actions, il s'agira du président du conseil d'administration, des membres du conseil d'administration, du directeur général, des membres du directoire⁹. En revanche, ne sont pas dirigeants de droit, les membres du conseil de surveillance¹⁰.

Il s'agit également du liquidateur et de l'administrateur provisoire.

En ce qui concerne l'inobservation des formalités de publicité tant de la désignation du dirigeant que de la cessation de ses fonctions, elle n'a aucun effet sur sa responsabilité. Il est, en effet, admis que le défaut de publicité de la désignation d'un dirigeant ne peut avoir pour effet de soustraire celui-ci aux responsabilités attachées aux fonctions qu'il a acceptées et exercées¹¹. La publicité ne concerne que les actes par lesquels une personne a qualité pour engager la responsabilité d'une société et non ceux qui mettent en jeu sa responsabilité personnelle¹². C'est donc la réalité de l'exercice des fonctions qui constitue le critère déterminant, ce qui justifie aussi que le dirigeant de fait soit concerné par ces actions.

8- Article 576 du code de commerce : « la société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques..... ».

9- Article 715 bis 28 du code de commerce : « Lorsque la société est soumise aux dispositions des articles 644 à 672 ci-dessus, les membres du directoire sont soumis à la même responsabilité que les administrateurs. En cas de faillite ou de règlement judiciaire, les membres du directoire peuvent être rendus responsables du passif social et sont soumis aux interdictions et déchéances prévues en la matière.

10- Article 715 bis 29 du code de commerce : « Les membres du conseil de surveillance sont responsables des fautes personnelles commises dans l'exercice de leur mandat. Ils n'encourent aucune responsabilité à raison des actes de la gestion et de leur résultat. Ils peuvent être déclarés civilement responsables des délits commis par les membres du directoire si en ayant eu connaissance ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale. Les dispositions des articles 715 bis 25 et 715 bis 26, ci-dessus, sont applicables ».

11- Cass.com.26 janvier 1988, Bull.civ.IV, n°52.

12- Benoît LE BARS, Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Répertoire droit des sociétés, Dalloz, avril 2004

La recherche entreprise par ce renvoi aboutit à ce résultat :

Article 215 du code de commerce: « tout commerçant... »

Article 224 du code de commerce : « tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non.... »

Article 378 du code de commerce (en cas de banqueroute simple) : « les administrateurs, directeurs ou liquidateurs d'une société par actions, les gérants ou liquidateurs d'une société à responsabilité limitée et d'une manière générale, tous mandataires sociaux qui ont en cette qualité..... »

Article 379 du code de commerce (en cas de banqueroute frauduleuse) : « les administrateurs, directeurs ou liquidateurs d'une société par actions, les gérants ou liquidateurs d'une société à responsabilité limitée et d'une manière générale tous mandataires sociaux.... »

Il s'agit, lorsqu'une procédure de règlement judiciaire a été ouverte à l'égard d'une personne morale, de tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non. »

Peu importe que ces dirigeants soient de droit ou de fait, rémunérés ou non.

Quelles définitions données à ces différentes qualifications de dirigeant ?

La notion de dirigeant

Il n'existe pas une définition générale de la notion de dirigeant qui vaudrait pour toutes les dispositions ci-dessus rappelées.

Il convient donc, dans chaque cas, de rechercher le sens qu'il faut donner à ce mot. Parfois, le législateur a employé l'expression de « dirigeants sociaux » ; il ne semble pas qu'il faille en déduire que l'expression concerne seulement les dirigeants de sociétés à l'exclusion de ceux des autres personnes morales de droit privé. Plusieurs textes qui emploient ces mots montrent nettement qu'ils sont pris dans un sens général et non technique, qui vont aussi bien pour les sociétés que pour les autres personnes morales⁷.

Les dirigeants sont d'abord des dirigeants de droit, c'est-à-dire les personnes régulièrement désignées en tant qu'organes légaux de la personne morale. En

7- Le dirigeant de droit régulièrement et officiellement investi des fonctions de direction est celui dont la qualité résulte de la loi des statuts et éventuellement de la publicité.

Il est difficile de comprendre cette différence de traitement dans la responsabilité des dirigeants de société au cours des procédures collectives. Certes, des mesures d'adaptation sont nécessaires mais pas au point de dénaturer des textes et nuire à la cohérence de l'ensemble.

Le dirigeant peut, même dans certains cas⁵, faire l'objet d'une déclaration personnelle en règlement judiciaire ou de faillite, qui s'ouvrira donc parallèlement à celle atteignant la personne morale⁶.

Avant d'envisager ces actions (§2) on précisera leur domaine d'application (§1).

§1. Domaine d'application de ces actions

Qu'il s'agisse de la condamnation en comblement de passif social ou de la mise personnelle en règlement judiciaire ou en faillite, les personnes visées ne sont pas les mêmes.

En effet, en ce qui concerne la société à responsabilité limitée, l'article 578 al.2 du code de commerce vise les personnes susceptibles de supporter tout ou parties des dettes de la société en cas d'insuffisance d'actif. Les personnes visées sont : « soit par, les gérants, associés ou non, salariés ou non, soit par les associés..... ».

En ce qui concerne la société par actions la compréhension de l'article 715 bis 27 du code de commerce n'est pas aisée. Cet article ne mentionne pas la formule « en cas d'insuffisance d'actif » mentionnée à l'article 578 al.2 mais emploie « peuvent être rendues responsables du passif social ».

Quelles sont ces personnes responsables ? En vertu de l'article 715 bis 27 ces personnes responsables sont « les personnes visées par les dispositions relatives au règlement judiciaire, à la faillite et aux banqueroutes..... ».

5- Article 224 du code de commerce : « en cas de règlement judiciaire ou de faillite d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou faillite, tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, qui a ... »,

6- En droit français, il faut remarquer que la sanction prévue à l'ancien article L.624-5 du code de commerce, consistant en l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre d'un dirigeant ayant commis certaines fautes (« extension-sanction »), a été supprimée par la loi du 26 juillet 2005. Cette sanction a été remplacée par l'obligation aux dettes sociales.

déterminera, soit par les gérants, associés ou non, salariés ou non, soit par les associés, soit par certains des uns ou autres, avec ou sans solidarité, sous condition pour les associés qu'ils aient participé effectivement à la gestion de la société»⁴.

En ce qui concerne la société par actions, il n'existe pas de texte similaire à l'article 578 alinéas 2 et 3, mais des renvois aux personnes morales qui sont atteintes par le règlement judiciaire ou la faillite, renvois qui créent des zones d'incertitude.

Pourquoi le législateur s'abstient-il de reproduire l'article 578 alinéas 2 et 3 pour l'appliquer à la société par actions ?

Certes , il y a l'article 715 bis 27 (mouture issue du décret présidentiel n°93-08 du 24 avril 1993), placé au chapitre III : sociétés par actions, section 10 : responsabilité civile, qui dispose qu' : « en cas de règlement judiciaire ou de faillite de la société, les personnes visées par les dispositions relatives au règlement judiciaire, à la faillite et aux banqueroutes, peuvent être rendues responsables du passif social dans les conditions prévues par les dites dispositions ». Mais cet article manque cruellement de précision et de méthodologie. Le législateur au lieu de reproduire - moyennant quelque adaptation- la formulation de l'article 578 alinéas 2 et 3- et il y est tenu pour préserver la cohérence- renvoie « aux personnes visées par les dispositions relatives au règlement judiciaire, à la faillite et aux banqueroutes, peuvent être rendues responsables du passif social dans les conditions prévues par les dites dispositions ».

Manifestement, l'embarras du législateur est dicté par la création de la société par actions à capitaux partiellement ou entièrement publics en vertu de l'article 217, mouture issue du décret 93-08 du 25 avril 1993 : « les sociétés à capitaux totalement ou partiellement publics, sont soumises aux dispositions du présent titre relatif aux faillites et règlements judiciaires..... ».

4- Mesure connue sous le nom d'action en comblement de passif.

Quelles fautes sanctionner et de quelle manière ?

Selon des modalités très variables, le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la faillite de la personne morale frappe les dirigeants dans leur patrimoine et dans leur personne.

Deux catégories de sanctions sont prévues: Les sanctions patrimoniales qui seront mises en œuvre dans le cas de la commission d'une faute de gestion ou d'une faute légalement définie et les sanctions pénales qui, conformément au principe de la légalité des délits et des peines, ne sont encourues que lorsqu'un acte de banqueroute est commis.

L'objectif premier poursuivi par ces actions est certes de réparer le préjudice subi par la personne morale du fait du comportement de ces dirigeants. Cependant, la finalité sanctionnatrice n'est pas absente de ces mécanismes.

En principe, le dirigeant de la société, personne physique, juridiquement distincte de la personne morale dont il conduit les affaires, n'est pas atteint par la procédure collective frappant la société ; il n'est pas tenu sur son patrimoine des dettes sociales. Dans le droit des sociétés, il est écrit que la responsabilité des dettes sociales des associés d'une société à responsabilité limitée, et des actionnaires dans la société par actions, se limite au montant de leur apport³. Il existe une exception qui met à mal ce grand principe : le paiement du passif. En effet, la demande éventuelle du comblement de ce passif intervient lors de la faillite de la société, dans cette circonstance, le dirigeant peut être sanctionné en raison de la faillite de la société.

En effet, en ce qui concerne la société à responsabilité limitée, l'article 578 alinéa 2 dispose: « .. En outre, si la faillite de la société fait apparaître une insuffisance d'actifs, le tribunal peut, à la demande du syndic, décider que les dettes sociales seront supportées jusqu'à concurrence du montant qu'il

3- Article 564 du code de commerce : « La société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports ». Article 592 du code de commerce : « la société par actions est constituée entre associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports..... »

En principe, les personnes visées dans cette étude sont, en vertu des articles 578 alinéas 2 et 3¹ et 715 bis 27² du code de commerce, les dirigeants de la société à responsabilité limitée et de la société par actions.

Mais le cadre de cette recherche nous semble perturbé et élargi par référence à l'article 224 du code de commerce qui vise tous les dirigeants des personnes morales : « en cas de règlement judiciaire ou de faillite d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en règlement judiciaire ou faillite, tout dirigeant de droit ou de fait.... », d'une part, et surtout, la référence à l'article 217 du code de commerce, qui dispose : « les sociétés à capitaux totalement ou partiellement publics sont soumises aux dispositions du présent titre relatif aux faillites et règlements judiciaires », d'autre part.

Bref, l'ensemble des règles gouvernant la matière apparaît peu lisible.

La difficulté d'appréhender la cohérence de ces textes justifie l'effort requis pour comprendre et déceler les défaillances des outils juridiques dont le fonctionnement régulier est nécessaire à la bonne gestion des sociétés commerciales. Il est assez légitime de s'interroger sur l'incidence des fautes des dirigeants sur la défaillance de l'entreprise débitrice chaque fois que celle-ci ne peut plus être redressée.

L'ouverture d'une procédure collective permet de reconstituer les actes et les circonstances qui ont pu amener la cessation des paiements. Il apparaît alors que des comportements fautifs sont à l'origine des difficultés des entreprises ou ont contribué à leur survenance.

1- Article 578 alinéas 2 et 3 du code de commerce : « En outre, si la faillite de la société fait apparaître une insuffisance d'actifs,, le tribunal peut, à la demande du syndic, décider que les dettes sociales seront supportées jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, soit par les gérants, associés ou non, salariés ou non, soit par les associés, soit par certains des uns ou autres, avec ou sans solidarité, sous condition pour les associés qu'ils aient participé effectivement à la gestion de la société.

Pour dégager leur responsabilité, les gérants et les associés impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales, toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié. »

2- Article 715 bis 27 du code de commerce : « En cas de règlement judiciaire ou de faillite de la société, les personnes visées par les dispositions relatives au règlement judiciaire à la faillite et aux banqueroutes, peuvent être rendues responsables du passif social dans les conditions prévues par les dites dispositions ».

La responsabilité des dirigeants au cours des procédures collectives

Dr Yamina Ighilahriz,

Faculté de droit, Université d'Alger 1

Introduction

Les responsabilités qu'encourent les dirigeants des sociétés commerciales sont nombreuses, et les dispositions qui les régissent sont complexes, enchevêtrées et sans cesse renouvelées pour s'adapter aux mutations de l'espace économique et surtout à l'évolution qu'a connue le droit des difficultés de l'entreprise consistant dans la dissociation du sort de l'entreprise de celui des dirigeants.

Il n'est pas de notre propos de les envisager toutes, mais le choix portera sur la responsabilité des dirigeants dans des circonstances très particulières des procédures collectives. La délimitation s'avère très nécessaire pour notre travail de peur de sombrer dans l'évasion sans pour autant répondre à la question essentielle qui constitue la matière de notre étude.

Sont exclus de l'étude, les dirigeants de la société en nom collectif en vertu de l'article 551 du code de commerce qui dispose : « les associés en nom collectif....., répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales » de même qu'en vertu de l'article 223 du code de commerce qui dispose : « lorsqu'une société comportant des associés responsables solidairement des dettes sociales est admise en règlement judiciaire ou déclarée en faillite, le jugement produit ses effets à l'égard de ses associés ».