



Organisation pour l'Harmonisation en Afrique
du Droit des Affaires (O.H.A.D.A.)

Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
(E.R.SU.MA.)

**FORMATION DE JURISTES CAMEROUNAIS
EN DROIT OHADA**

du 11 au 22 avril 2011

LA RESPONSABILITE CIVILE DES DIRIGEANTS SOCIAUX EN DROIT OHADA

Par :

Pr. AKAM AKAM André,

*Agrégé des Facultés de droit,
Doyen de la Faculté des Sciences
Juridiques et Politiques
de l'Université de Ngaoundéré
(Cameroun)*

LA RESPONSABILITE CIVILE DES DIRIGEANTS SOCIAUX EN DROIT OHADA

Par

André AKAM AKAM
Agrégé des Facultés de Droit
Université de Yaoundé II (Cameroun)

1. INTRODUCTION

« Comme un organisme vivant, l'entreprise naît, vit, et peut être le siège de désordres divers, dont les plus graves sont susceptibles de provoquer sa disparition, par arrêt du crédit et des flux financiers¹ ». Cette comparaison entre une personne morale et un être vivant est pertinente et s'applique bien à la société commerciale. En effet, de sa constitution à sa liquidation, en passant par son fonctionnement, la société « mène » une vie qui peut être ponctuée tantôt de périodes normales ou fastes, tantôt de moments de difficultés ou de crise. Ces différentes situations sont, pour beaucoup, tributaires des qualités et des actes de gestion des dirigeants qui se trouvent à la tête de la société. Le rôle des organes sociaux est donc particulièrement déterminant dans le cours « heureux » ou « malheureux » de la société et, par conséquent, leur propre sort en dépend évidemment.

Plus que les statuts, c'est la loi qui fixe les règles concernant les organes chargés de l'administration et de la direction de la société. C'est ainsi qu'en ce qui concerne les pays membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires² (ci-après OHADA), l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique³ (ci-après AUS) détermine les principes qui gouvernent la composition des organes de gestion, l'accès aux fonctions sociales, les pouvoirs, la rémunération, la cessation des fonctions ou la responsabilité des dirigeants. Ces règles qui

¹ F. Perochon, R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, 5^e éd., LGDJ, 2001, p. 1, n° 1.

² L'OHADA est née à la faveur d'un Traité signé à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993 (J.O OHADA n° 4, 01/11/97, p. 1) et entré en vigueur le 18 septembre 1995. Elle regroupe aujourd'hui seize pays membres. Sur l'OHADA en général, v. P-G. Pougoué, *Présentation générale et procédure en OHADA*, PUA (Yaoundé), 1998 ; J. Issa-Sayegh, J. Lohoues-Oblé, *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, 2002 ; G. De Lafond, *Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Gaz. Pal. 1995, 20-21 sept. 1995, doctr., p. 2 ; J. Issa-Sayegh, *L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc*, RJ com., 1999, p. 237 ; J. Lohoues-Oblé, *L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique*, RID comp. 1999, p. 543 ; M. Koné, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaisons avec le droit français*, LGDJ, 2003, Biblio. Dr. privé, t. 406 ; A. Cissé, *L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie*, Rev. int. dr. éco. 2004.2. p. 197 ; K. Mbaye, *L'histoire et les objectifs de l'OHADA*, Petites affiches, 13 oct. 2004, n° 205, p. 4.

³ J.O. OHADA n° 2, 01/10/97, p. 1. Pour une vue générale, v. P. Agboyibor, *Nouveau droit uniforme des sociétés*, RDAI 1998, n° 6 ; D. Tapin, *Droit des sociétés commerciales et du G.I.E*, Penant, 1998, n° 827, p. 136 ; F. Anoukaha, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P-G. Pougoué, M. Samb, *OHADA. Sociétés commerciales et G.I.E*, Bruylant, 2003 ; J. Paillusseau, *L'Acte uniforme sur le droit des sociétés*, Petites affiches, 13 oct. 2004, n° 205, p. 19.

varient suivant la forme de la société⁴, s'imposent aux associés. En effet, l'article 2 de l'acte susvisé énonce : « *Les dispositions du présent Acte uniforme sont d'ordre public, sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme*⁵ ». C'est dire que les statuts doivent simplement se conformer aux dispositions de l'AUS lorsqu'ils arrêtent les clauses relatives aux dirigeants sociaux.

Dans un souci de simplification de la nomenclature sociale par rapport aux législations nationales antérieures⁶ et même par rapport au droit français⁷, l'AUS n'a retenu que quatre formes de sociétés commerciales : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société à responsabilité limitée et la société anonyme. Le droit OHADA a donc supprimé la catégorie des sociétés en commandite par actions qui était pratiquement tombée en désuétude et n'a pas cru utile d'instituer la société par actions simplifiée⁸ créée par la loi française du 3 janvier 1994.

Quelle que soit sa forme, la gestion de la société incombe normalement à des *dirigeants de droit*. Cependant, il peut arriver que des personnes n'ayant pas cette qualité s'immiscent ou interfèrent dans la gestion, soit comme *dirigeants de fait*, soit comme *dirigeants apparents* ou *occultes*. Contrairement à l'AUS qui ne vise expressément que les dirigeants de droit, l'*Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*⁹ (ci-après AUPCAP) s'applique à tous dirigeants, qu'ils soient de droit ou de fait, apparents ou occultes.

⁴ Outre les règles communes à tous les dirigeants (art. 121 à 124), chaque société a ses règles propres : v. art. 276 à 282 pour la société en nom collectif ; art. 298 à 301 pour la société en commandite simple ; art. 323 à 332 pour la société à responsabilité limitée ; art. 414 à 515 pour la société anonyme.

⁵ Sur le caractère d'ordre public des dispositions de l'AUS, v. J. Paillusseau, *L'Acte uniforme sur le droit des sociétés*, Petites affiches, 13 oct. 2004, n° 205, p. 21. Il convient de préciser que le Traité affirme la primauté des actes uniformes sur les législations des Etats. Celles-ci sont abrogées dans toutes leurs dispositions contraires. V. art. 10 du Traité. Sur cette question, v. J. Issa-Sayegh, *La portée abrogatoire des actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des Etats parties*, Revue burkinabé de droit, n° 39-40 (n° spécial), p. 51 ; P-G. Pougoué, *OHADA, Instrument d'intégration juridique*, Rev. afr. sc. jur (Université de Yaoundé II), 2001, vol. 2, n° 2, p. 11, et spéc. p. 23 et s.

⁶ Dans la plupart des Etats parties à l'OHADA, il y avait cinq formes de sociétés : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société anonyme. Pour une vue générale, v. *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 7, Droit des entreprises, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982.

⁷ On dénombre plusieurs formes de sociétés : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée, la société anonyme, la société par actions simplifiée.

⁸ V. A. Couret, P. Le Cannu (sous la dir. de), *La société par actions simplifiée*, ouvr. coll., éd. GLN-Joly, 1994 ; M. Germain, *La société par actions simplifiée*, JCP E 1994. I. 341.

⁹ J.O. OHADA n° 7, 01/07/1998, p. 1. V. Art. 180 qui précise que les dispositions applicables aux dirigeants des personnes morales s'appliquent « *aux dirigeants personnes physiques ou morales, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes* ». Pour une vue d'ensemble de cet acte uniforme, v. P-G. Pougoué, Y. Kalieu, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999 ; F. Anoukaha, *L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les Etats africains membres de l'OHADA*, *Afrique juridique et politique* (Revue du CERDIP, Libreville), 2002, vol. 1, n° 1, p. 62 et s ; K. Asogbavi, *Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA*, Penant 2002, n° 832, p. 55 ; F.M. Sawadogo, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, 2002 ; Ph. Tiger, *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA*, Petites affiches, 13 oct. 2004, n° 205, p. 35.

Les *dirigeants de droit* sont les personnes (physiques ou morales) ou les organes régulièrement désignés pour gérer la société¹⁰ et qui, à ce titre, assument légalement des fonctions de direction ou d'administration en son sein et l'engagent normalement à l'extérieur. Ce sont les gérants dans les sociétés de personnes et la société à responsabilité limitée ; le conseil d'administration, le président-directeur général, le président du conseil d'administration, le directeur général dans la société anonyme à conseil d'administration, l'administrateur général dans la société anonyme sans conseil d'administration, qui ont la qualité de dirigeants de droit¹¹.

Par *dirigeants de fait*¹², on désigne les personnes qui, sans avoir été nommées à cette fin, se comportent comme de véritables dirigeants en s'immiscant effectivement dans la gestion de la société¹³. En d'autres termes, le dirigeant de fait est celui qui, sans aucun titre, accomplit des actes de gestion en lieu et place des dirigeants de droit. La personne qualifiée de dirigeant de fait doit exercer en toute souveraineté et indépendance une activité positive de gestion et de direction et avoir le pouvoir d'engager la société par ses décisions¹⁴. Par conséquent, une simple abstention ne saurait caractériser une direction de fait¹⁵.

Les *dirigeants apparents* supposent l'existence d'un mandat apparent¹⁶. En effet, la société peut être engagée par toute personne dès lors que les tiers ayant traité avec elle ont légitimement cru qu'elle disposait des pouvoirs nécessaires¹⁷. L'on considère que cette croyance est légitime dans les situations où les usages commerciaux, les documents présentés, les relations des parties autorisent les tiers à ne pas vérifier les pouvoirs de celui qui agit¹⁸.

Les *dirigeants occultes* sont des personnes qui assurent la direction « réelle » de la société derrière l'écran formé par les dirigeants de droit¹⁹. Il s'agit donc de personnes qui dirigent la société par personne interposée sans que leur identité soit connue ou rendue publique. La Cour d'appel de Rennes a très justement rappelé que les dirigeants occultes sont ceux qui tiennent les dirigeants de droit sous leur dépendance et subordination²⁰. Comme l'a fort bien remarqué un auteur²¹ : « ils sont dans l'ombre et ils tirent les ficelles ».

¹⁰ La nature juridique des liens entre la société et ses dirigeants ou entre ceux-ci et les associés est discutée. En général, on considère que les dirigeants sociaux n'ont pas la qualité de préposés. Pour justifier cette solution, on invoque la théorie institutionnelle qui considère que les dirigeants sont nommés par les organes sociaux sans qu'aucun contrat ne se forme entre la société et eux, et a fortiori entre eux et les associés. Cependant, on a observé que certains dirigeants négocient effectivement les conditions de leur collaboration ou signent des conventions (indemnisation en cas de cessation des fonctions, clause de non-concurrence, etc). V. P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2002, p. 252, n° 457.

¹¹ L'AUS prévoit deux modes d'administration et de direction de la S.A : la S.A avec conseil d'administration et la S.A sans conseil d'administration. V. art. 414 et s.

¹² Sur cette notion, v. D. Tricot, *Les critères de la gestion de fait*, Dr. et patrim., Janv. 1996 ; G. Notté, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, thèse Paris I, 1978 ; *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, JCP CI 1980, 8560.

¹³ F. Perochon, R. Bonhomme, *op. cit.*, n° 428.

¹⁴ J-L. Rive-Lange, *La notion de dirigeant de fait*, D. 1975, chron., p. 41. V. Cass. com., 18 janv. 2000, *Juris-Data* n° 000287 ; 4 juill. 2000, *RJDA* 1/2001, n° 30, p. 27 ; 12 juin 2001, *BRDA* 12/2001, p. 3 ; 26 juin 2001, *Dr. sociétés* 2001, comm. 140 ; Paris, 21 avril 2000, *Rev. pr. coll.* 2000, p. 51.

¹⁵ Colmar, 13 janv. 1976, D. 1977, IR 54.

¹⁶ Sur cette notion, v. d'une manière générale : J. Léauté, *Le mandat apparent*, RTD civ., 1947. 288 ; P. Lescot, *Le mandat apparent*, JCP 1964.I. 1826 ; J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en matière commerciale*, thèse Montpellier 1959 ; J-P. Arrighi, *Apparence et réalité en droit privé. Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, thèse Nice 1974 ; L. Leveneur, *Situation de fait et droit privé*, thèse Paris II, éd. 1990.

¹⁷ J.L. Sourieux, *La croyance légitime*, JCP 1982.I. 3058.

¹⁸ Cass. Ass. Plén., 13 déc. 1962, D. 1963. 277.

¹⁹ V. Cass. com. 25 avril 1977, JCP G IV, p. 159.

²⁰ Rennes, 8 janv. 1974, *Gaz. Pal.* 1976.I. 358. V. aussi Paris, 20 févr. 1978, *Quot. Jur.* 12 oct. 1978.

²¹ F. M. Sawadogo, *op. cit.*, n° 341.

De tous ceux qui viennent d'être évoqués, seuls les dirigeants de droit sont les *représentants légaux* de la société. Agissant *es qualités* au nom et pour le compte de la société, ils exercent normalement les pouvoirs de gestion interne et externe qui leur sont reconnus par la loi ou les statuts²². Ces pouvoirs varient selon les organes sociaux, en raison du principe dit de la *spécialité des organes*²³. En vertu de leurs pouvoirs, les dirigeants accomplissent tous les actes nécessaires au fonctionnement de la société et à la réalisation de son objet social²⁴. Agissant en toute indépendance, ils ont une totale liberté d'initiative pour conduire les affaires sociales.

Dans l'exercice de leurs fonctions, les dirigeants doivent agir dans le strict respect des dispositions législatives ou réglementaires applicables à la société ainsi que de celles de ses statuts. En outre, ils doivent faire preuve bien évidemment de compétence, de diligence et de loyauté pour assurer la bonne marche des affaires sociales et préserver le nécessaire équilibre entre les différents intérêts qui s'entrechoquent au sein et autour de la société²⁵.

Le dirigeant doit d'abord gérer la société avec *compétence*, c'est-à-dire mettre en œuvre ses connaissances techniques ou professionnelles, son expérience, dans la direction ou l'administration de la société. Cela se traduit notamment par la prise des décisions utiles pour la société, le choix des investissements appropriés, la gestion adéquate du patrimoine social, l'accomplissement des actes relatifs à l'exercice des activités économiques, etc.

Le dirigeant est ensuite tenu de faire preuve de *diligence* dans la gestion de la société, c'est-à-dire de diriger ou d'administrer la société « en bon père de famille » et d'apporter à la gestion des affaires sociales toute l'activité et l'attention qu'on est en droit d'attendre d'un homme avisé.

On considère enfin que les dirigeants sont tenus d'agir avec *loyauté*²⁶. Comme l'a montré un auteur²⁷, « les dirigeants ont bien évidemment l'obligation de ne pas tromper les associés (...); de ne pas user des biens ou du crédit de la société contrairement à l'intérêt de cette dernière, dans leur intérêt personnel ». L'obligation de loyauté consiste donc essentiellement pour les dirigeants, à s'abstenir de tout comportement susceptible de porter atteinte à l'intérêt social²⁸ ou aux intérêts des associés.

²² V. art. 121 et 122 de l'AUS.

²³ Ce principe signifie que chaque organe social exerce « exclusivement » les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi ou les statuts. Par conséquent, les actes accomplis par un organe au-delà de son domaine de compétence sont entachés de nullité. En aucun cas, les statuts ne peuvent modifier la répartition légale des pouvoirs entre les organes sociaux. V. Aix-en-Provence, 28 sept. 1982, Rev. sociétés, 1983, p. 773.

²⁴ Ces pouvoirs sont limités par ceux que la loi ou les statuts attribuent expressément aux assemblées générales ou réservent spécialement au conseil d'administration. V. art. 465, 487 et 498 AUS.

²⁵ Comme l'écrit L. Godon (*Des actionnaires, des dirigeants et des salariés de sociétés anonymes*, in Mélanges Y. Guyon, 2003, p. 433 et notam. p. 435), « l'entreprise sociétaire apparaît de plus en plus ... comme un carrefour d'intérêts multiples ». Aussi, pour les dirigeants, la mission consiste à éviter tout conflit d'intérêt. Sur cette notion, v. P-F. Cuif, *Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, RTD com. 2005, p. 1.

²⁶ Ce n'est que récemment que la jurisprudence française a clairement admis l'existence du devoir de loyauté des dirigeants à l'égard de la société et des associés. V. Cass. com. 27 févr. 1996, JCP 1996 .II. 22665 note J. Ghestin ; 24 févr. 1998, JCP E 1998. pan. 637 ; 12 mai 2004, Dr. sociétés août-sept. 2004, p. 10. Sur cette question, v. H. Le Nabasque, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999. 273 ; J-J. Daigre, *Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants*, in Mélanges P. Bézard, 2002, p. 79 ; J.J. Caussain, *A propos du devoir de loyauté des dirigeants de société*, in Mélanges B. Mercadal, 2002, p. 303.

²⁷ H. Le Nabasque, *op. cit.*, p. 283. L'AUS sanctionne de tels comportements au plan pénal. V. art. 891.

²⁸ Sur cette notion, v. D. Schmidt, *De l'intérêt social*, JCP 1995, éd. E, I, p. 361 ; A. Pirovano, *La boussole de la société, Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?* D. 1997, chron. P. 189 ; Ph. Bissara, *L'intérêt social*, Rev. sociétés 1999.p. 5 ; C. Bailly-Masson, *L'intérêt social : une notion fondamentale*, Petites affiches, n° 224, p. 6 ; G. Goffaux-Callebaut, *La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes*, RTD com. 2004, p. 35 ; B. Basuyaux, *Intérêt social, une notion aux contours aléatoires*

Il ne fait aucun doute que le manquement des dirigeants à leurs obligations emporte des conséquences sur la situation de la société, et particulièrement, sur ses résultats ou performances. Si les dirigeants s'avèrent incompetents ou inaptes à conduire les affaires sociales, prennent des décisions inopportunes ou font primer leurs intérêts sur ceux de la société, le risque est grand de voir les intérêts de la société, des associés ou même des tiers compromis. Il arrive même que les « fautes de gestion » des dirigeants compromettent l'exploitation de la société et conduisent à la disparition de celle-ci ou à l'ouverture d'une procédure collective. Le comportement des dirigeants peut ainsi constituer une source de dommages pour la société, les associés ou les tiers. Dans ce cas, la question de leur responsabilité se pose.

En effet, la responsabilité éventuelle des dirigeants est susceptible d'être mise en oeuvre dès lors qu'il peut être établi qu'ils ont commis des fautes dans l'exercice de leurs fonctions et que celles-ci ont eu des conséquences dommageables pour la société, les associés ou les tiers. Le droit OHADA appréhende bien cette problématique de la responsabilité des dirigeants à tous les stades de la vie sociale, c'est-à-dire que la société soit *in bonis* ou qu'elle soit en difficulté²⁹ (c'est-à-dire faisant l'objet d'une procédure collective). Posant les principes de la responsabilité civile des dirigeants, le droit OHADA ne se prononce cependant pas expressément sur sa nature. S'il paraît incontestable que cette responsabilité est *délictuelle à l'égard des tiers*, il est difficile d'admettre qu'elle soit contractuelle à l'égard de la société ou des associés³⁰. Il s'agirait plutôt, dans ce dernier cas, d'une *responsabilité légale* qui trouve son fondement sur les obligations mises à la charge des dirigeants dans le cadre spécifique de leurs fonctions³¹.

Au total, selon que la société est *in bonis* ou en *difficulté*, le droit OHADA prévoit des régimes différents en ce qui concerne la responsabilité des dirigeants sociaux. Ainsi, l'AUS soumet pratiquement l'action en responsabilité exercée par la société, les associés ou les tiers contre les dirigeants de la société *in bonis* aux règles de droit commun (2). C'est dire que le droit des sociétés confirme bien que la responsabilité des dirigeants sociaux ressortit à la technique générale de la responsabilité civile³². En revanche, l'AUPCAP institue contre les dirigeants d'une société en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, une action spécifique, à savoir l'action en comblement du passif, qui est exclusive de toute autre action en responsabilité (3). Il instaure ainsi un régime spécial de responsabilité dérogatoire au droit commun.

2. LE REGIME DE *DROIT COMMUN* DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS DE LA SOCIETE *IN BONIS*

Le livre 3 de l'AUS prévoit la responsabilité civile des dirigeants sociaux, qu'ils soient des personnes physiques ou morales³³. Si, pour que la responsabilité soit engagée, la faute des

qui conduit à des situations paradoxales, Petites affiches, 2005, n° 4, p. 3 ; D. Martin, *L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ?*, in Mélanges D. Schmidt, 2005, p. 359 ; M-A. Mouthieu, *L'intérêt social en droit des sociétés*, thèse Doctorat d'Etat, Yaoundé II, 2006.

²⁹ Sur cette notion, v. P. Nguihe Kante, *Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, Penant 2002. 5.

³⁰ La doctrine traditionnelle était par contre de cet avis. V. J-P. Berdah, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, Sirey 1974, p. 2.

³¹ V. Berdah, op. cit, p. 2.

³² V. J-P. Berdah, *ibid*.

³³ S'agissant d'une personne morale dirigeante, l'article 276 al. 2 de l'AUS prévoit que « ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'ils

dirigeants doit être établie, il n'en reste pas moins vrai que celle-ci est susceptible de l'être plus facilement lorsque l'action est exercée par la société ou les associés (2.1) qu'en cas de recours formé par les tiers (2.2).

2.1 La responsabilité des dirigeants à l'égard de la société ou des associés

La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants envers la société et les associés se fait par l'entremise de deux actions bien distinctes : l'action sociale qui est ouverte à la société (2.1.1), et l'action individuelle qui est reconnue aux associés (2.1.2). Cependant, les conditions de la responsabilité sont exactement les mêmes dans l'un et l'autre cas (2.1.3).

2.1.1 L'action sociale

Le principe de la responsabilité d'un dirigeant envers la société qu'il dirige ou administre est posé par l'article 165 alinéa 1^{er} de l'AUS en ces termes : « *Chaque dirigeant social est responsable individuellement envers la société, des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions* ». Pour mettre en jeu cette responsabilité, la société dispose d'une action dite *action sociale*³⁴. Celle-ci vise à obtenir la condamnation du dirigeant à réparer le préjudice subi par la société. En quelque sorte, elle a pour objet le maintien ou la reconstitution du patrimoine social³⁵. Une telle conception est certainement étroite car la responsabilité d'un dirigeant peut être recherchée pour des actes, faits ou abstentions n'ayant aucune incidence sur la situation matérielle ou patrimoniale de la société. Tel est le cas lorsque la société subit un préjudice moral.

L'action sociale exercée contre un ou plusieurs dirigeants sociaux³⁶ peut être engagée soit par la société elle-même, soit par un ou plusieurs associés en cas de défaillance des organes compétents³⁷.

La société agit normalement par ses représentants légaux³⁸. Cette action est dite *ut universi*. Elle est exercée soit par les autres dirigeants en fonction, soit par les nouveaux dirigeants³⁹. Il est évident que l'action intentée par un dirigeant contre un autre suppose que celui qui agit soit complètement étranger aux actes ou faits commis par le dirigeant poursuivi. Autrement dit, il doit personnellement être hors de cause. En tout cas, lorsque la faute est commune ou collective (faute commise par les administrateurs ou tous les gérants par exemple), l'exercice de l'action sociale. Cette situation explique certainement que le droit d'agir soit aussi reconnu aux associés.

L'action sociale exercée par les associés ou actionnaires est dite *ut singuli*⁴⁰. Elle peut d'abord être intentée par un associé agissant individuellement⁴¹. La jurisprudence décide que celui qui a perdu la qualité d'actionnaire n'est plus habilité à exercer l'action sociale même si

étaient gérants en leur propre nom, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent ».

³⁴ Sur une vue d'ensemble, v. J-P. Berdah, *op.cit.*, notam. n° 117 et s.

³⁵ Mercadal et Janin, *op.cit.*, n° 8513.

³⁶ V. art. 166 al. 2 AUS. Faut-il y intégrer les dirigeants de fait ? La jurisprudence répond par la négative, de sorte que ceux-ci sont responsables conformément au droit commun (art. 1382 ou 1383 du code civil). V. Cass. com., 6 oct. 1981, D. 1983. 133 ; JCP 1982. II. 19891 ; 21 mars 1995, RJDA 1995/7, n° 858, p. 690 ; JCP 1996, II, n° 22603.

³⁷ V. art. 167.

³⁸ A cet effet, les statuts précisent généralement les organes qui représentent la société en justice.

³⁹ Cass.com. 7 déc. 1982, Bull. civ. IV, n° 403 ; 11 oct. 1988, Bull. Joly 1988. 925, § 300 ; RJ com. 1989. p.158.

⁴⁰ V. J-P. Berdah, *op. cit.*, n° 142 et s ; G. Chesné, *L'exercice « ut singuli » de l'action sociale dans la société anonyme*, RTD com. 1962. 347 ; Lacan, *L'action sociale exercée ut singuli*, Rev. sociétés, 1946. 223.

⁴¹ V. art. 167 AUS.

elle vise la réparation d'un préjudice né alors qu'il était encore actionnaire⁴². Autrement dit, un associé ou un actionnaire ne peut agir au nom de la société que s'il détient effectivement une part du capital social, quel qu'en soit le montant⁴³. Il en va autrement s'il cède ou vend ses parts ou actions, se retire volontairement ou est exclu de la société.

L'action sociale peut aussi être exercée par plusieurs associés. Lorsqu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, l'article 331 de l'AUS prévoit que plusieurs associés ne peuvent demander la réparation du préjudice subi par la société que s'ils représentent le quart des associés et le quart des parts sociales. Ces deux conditions sont cumulatives. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, les actionnaires ne peuvent exercer l'action sociale que s'ils représentent au moins le vingtième du capital social.

Ainsi, l'action sociale ne peut être exercée par un ou plusieurs associés qu'après une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans un délai de trente jours⁴⁴. Elle se justifie donc par l'inaction des représentants sociaux⁴⁵. C'est dire que le tribunal ne peut connaître de l'action sociale intentée par les associés que si la défaillance des représentants légaux de la société est démontrée. Par ailleurs, l'exercice de l'action sociale par les associés ne souffre aucune restriction. Aussi, toute clause des statuts ayant pour effet de le subordonner à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée des associés, d'un organe de gestion, de direction ou d'administration, ou d'y renoncer est réputée non écrite⁴⁶. De même, aucune décision des organes précités ne peut avoir pour effet d'éteindre une telle action⁴⁷. Enfin, pour éviter que l'action *ut singuli* ne puisse être exercée à cause des frais de procédure, l'AUS innove par rapport au droit français en prévoyant que « *Les frais et honoraires occasionnés par l'action sociale, lorsqu'elle est intentée par un ou plusieurs associés, sont avancés par la société* ». Les associés sont donc dispensés de faire l'avance des frais dès lors qu'il s'agit de poursuivre le dirigeant dans l'intérêt de la société.

L'action sociale peut être intentée soit contre les dirigeants en fonction, soit contre les dirigeants retirés. Dans le premier cas, l'action est exercée contre les responsables actuels de la marche des affaires sociales et vise à obtenir la réparation du préjudice qu'ils auraient causé à la société dans l'usage des pouvoirs qui leur sont dévolus. Si cette action ne soulève pas de difficulté particulière, il en va autrement de celle intentée contre les dirigeants retirés⁴⁸.

Le dirigeant retiré n'est pas responsable des faits antérieurs à son entrée en fonction⁴⁹. Il ne peut être poursuivi que pour des faits postérieurs à celle-ci et antérieurs à la cessation des fonctions. En d'autres termes, sa responsabilité ne peut être recherchée que pour des fautes

⁴² Cass. com. 26 janv. 1970, JCP 1970.II. 16385 note Guyon ; Cass. Civ., 12 nov. 1987, Gaz. Pal. 1988, pan. 31 ; Paris, 6 avril 2001, RJDA 10/01 n° 982.

⁴³ Il a été jugé qu'il est recevable à agir même s'il est actionnaire de fraîche date. En ce sens, Cass. crim., 2 avril 1998, Rev. sociétés, 1998, p. 614.

⁴⁴ V. art 167 AUS. Par cette disposition, celui-ci se démarque du droit français qui ne contient aucune règle de ce genre. On peut effectivement se demander si une telle action y a encore un caractère supplétif ou subsidiaire. V. La Cour de cassation (Com., 12 déc. 2000, Bull. Joly, mai 2001, p. 508, § 131) qui a cassé un arrêt d'une cour d'appel en relevant que « *l'intervention devant les premiers juges du représentant légal de la société ne pouvait priver le demandeur du droit propre, appartenant à l'actionnaire, de présenter des demandes au profit de celle-ci et de relever appel en son nom* ».

⁴⁵ Paris, 4 févr. 1994, Bull. Joly, 1994, p. 403.

⁴⁶ V. art. 168 AUS. Sur la pratique de telles clauses qui avaient pour but de mettre les dirigeants à l'abri de recours individuels, v. Chesné, *op.cit.*, n° 3.

⁴⁷ V. art. 169. Jugé en droit français que le quitus donné aux gérants est sans effet. Rouen, 12 janv. 1973, D. 1973, somm. 28.

⁴⁸ Sur cette difficile question, v. G. Creff, *La responsabilité des dirigeants sociaux retirés*, RTD com. 1978. 479.

⁴⁹ Sur cette irresponsabilité, v. Paris 24 févr. 1977, D. 1978. 33.

commises pendant sa période d'activité dans la société⁵⁰. Le principe est donc celui de l'irresponsabilité du dirigeant retiré tant pour les faits antérieurs à son entrée en fonction que pour ceux qui sont postérieurs à la cessation des fonctions. Ceux-ci ne lui sont pas imputables⁵¹. Toutefois, sa responsabilité peut être envisagée pour les faits qu'il aurait directement commis après avoir quitté ses fonctions et qui seraient à l'origine du dommage subi par la société. Dans ce cas, l'action en responsabilité est une *action en responsabilité civile de droit commun* et qui, comme telle, échappe normalement au régime de l'action sociale.

2.1.2 L'action individuelle de l'associé

Aux termes de l'article 162 de l'AUS, « *L'action individuelle est l'action en réparation du dommage subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est intentée par celui qui subit le dommage*⁵² ». La responsabilité des dirigeants envers les associés est ainsi énoncée pratiquement dans les mêmes termes que celle à l'égard de la société. Cependant, sa mise en œuvre est plus difficile en raison de la condition à laquelle elle est subordonnée.

En effet, pour admettre l'action individuelle d'un associé, la loi exige que celui-ci ait subi un préjudice distinct de celui éprouvé par la société. Il s'agit donc de rapporter la preuve d'un *dommage indépendant* ou « *détachable* » de celui souffert par la société. Force est de reconnaître qu'une telle preuve est particulièrement difficile⁵³. En général, toute faute commise par un dirigeant cause avant tout un préjudice à la société, c'est-à-dire à une personne morale dont la personnalité juridique est distincte de celle de chaque associé qui la constitue. En tant que membre de la société (comme détenteur de parts sociales ou d'actions), l'associé est aussi victime du dommage subi par la société, fût-ce de manière indirecte. Mais, il reste que si le préjudice subi par l'associé est en réalité celui souffert par la société ou en est simplement le corollaire, la loi lui refuse toute action directe⁵⁴. Ainsi, pour agir en son nom et pour son compte, l'associé doit démontrer qu'il *personnellement et exclusivement* souffert du dommage.

⁵⁰ V. Cass. Com., 24 févr. 1998, JCP 1998 E. pan. 637; D. affaires 1999. 850. Dans cette espèce, la haute juridiction affirme que l'ex-dirigeant d'une société est tenu d'une obligation de loyauté à l'égard de celle-ci et encourt donc une condamnation, au titre de la responsabilité délictuelle, en cas d'actes de concurrence déloyale. V. aussi, Cass. com., 10 févr. 1998, Rev. sociétés 1998. 546. Par ailleurs, il a été jugé qu'engage sa responsabilité pour manquement à son obligation de loyauté et de fidélité à l'égard de la société, le gérant qui crée sa société et commence son exploitation avant l'expiration du préavis. Cass. com., 12 févr. 2002, JCP E. 2002, n° 1603, p. 1776; Bull. Joly 2002, p. 617 note B. Saintourens. En présence d'une clause de non-concurrence valable, l'ancien dirigeant doit la respecter sous peine de responsabilité. V. Cass. com., 17 déc. 2002, Bull. Joly 2003, p. 302 note Couret.

⁵¹ V. Creff, *op. cit.*, n° 37 et s. Cass. com., 23 mars 1982, Bull. civ. IV. n° 116, p. 103.

⁵² V. aussi l'art. 172 qui précise que « *L'exercice de l'action sociale ne s'oppose pas à ce qu'un associé exerce contre la société l'action en réparation du préjudice qu'il pourrait personnellement subir* ».

⁵³ V. A. Couret, *Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire*, RJDA 5/97, p. 391; P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2002, n° 481; R. Vatinet, *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles*, Rev. sociétés 2003, p. 247; I. Grossi, *La responsabilité des dirigeants*, Dr et patrim. 2003, n° 118, p. 50.

⁵⁴ En droit français où la situation est exactement la même, la jurisprudence est ferme dans le sens du rejet de toute action d'un associé n'ayant pas subi un préjudice direct et personnel. V. Cass. crim., 13 déc. 2000, Dr. pénal 2001, comm. N° 47; Rev. sociétés, 2001, p. 394; 4 avril 2001, JCP E 2001, n° 46, p. 1817 note J-H. Robert; Cass. com., 15 janv. 2002, RJDA 6/02, n° 650; 1^{er} avril 1997, Bull. Joly 1997, p. 641, § 248 note J-F. Barbiéri; 4 mars 1986, Bull. civ. IV, n° 42; 26 janv. 1970, D. 1970. 618; JCP 1970. II. 16385; Paris, 6 déc. 2002, Bull. Joly 2003, § 92, note J-F. Barbiéri; 6 janv. 2001, RJDA 10/01, n° 982.

L'existence d'un préjudice individuel, distinct de celui subi par la société, résulte généralement des actes discriminatoires commis par les dirigeants à l'encontre d'un associé. Un auteur⁵⁵ cite par exemple le fait par un conseil d'administration de refuser à un associé de lui payer le dividende, ou le laisser participer à une assemblée générale, à une distribution de réserves ou d'actions, à une augmentation de capital. Quant à la jurisprudence, elle a admis l'existence d'un dommage personnel en cas d'atteintes aux droits individuels des actionnaires ou des associés⁵⁶ ou de manquement au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant à l'égard à l'égard de tout associé⁵⁷.

L'action individuelle de l'associé est une action personnelle qui ne peut être intentée que par lui seul, en tant que victime directe du dommage. Pour ce faire, il peut agir de deux manières : soit par *voie d'action directe* en saisissant le tribunal compétent pour connaître des affaires commerciales ; soit par *voie d'action civile* lorsque le fait reproché aux dirigeants constitue une infraction pénale susceptible d'être qualifiée de crime ou délit⁵⁸.

L'action individuelle ne saurait être éteinte par le quitus donné aux dirigeants par les organes compétents⁵⁹. Toutefois, l'associé peut volontairement renoncer à l'exercer, à condition de le faire après la naissance du préjudice⁶⁰. Bien entendu, si d'autres associés ont souffert du même préjudice, cette renonciation est sans effet sur leur propre action.

Telles sont les règles qui régissent l'action individuelle et l'action sociale. Toutes les deux doivent être portées devant la juridiction chargée des affaires commerciales dans le ressort de laquelle est situé le siège de la société. Rien n'interdit cependant que les statuts prévoient une clause attribuant la compétence à une autre juridiction car les règles de compétence territoriale ne sont pas d'ordre public. Par ailleurs, les deux actions se prescrivent « *par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation* », et par dix ans si le fait dommageable est un crime⁶¹. Il s'agit donc de délais de prescription spéciaux.

2.1.3 L'identité des conditions de responsabilité

Comme en droit commun de la responsabilité civile, la responsabilité des dirigeants envers la société ou les associés, telle que prévue par l'AUS, est subordonnée à la preuve d'une faute commise par ceux-ci (2.1.3.1), d'un dommage subi par la société ou les associés (2.1.3.2) et d'un lien de causalité (2.1.3.3) entre la faute et le dommage⁶².

⁵⁵ A. Tunc, *La responsabilité civile des organes de gestion des sociétés et les règles générales de la responsabilité civile en droit français*, in Trav. Ass. H. Capitant, 1967, t. XV, p. 26.

⁵⁶ Cass. com., 18 févr. 1997, Quot. Jur. 3 avr. 1997, n° 27 ; 18 juil. 1989, Dr. sociétés (août-sept) 1989, 13 ; Paris, 15 déc. 1995 et 19 janv. 1996, RTD com. 97, 286 ; 2 mai 1935, Gaz. Pal. 1935, 2, 113.

⁵⁷ Cass.com., 27 févr. 1996 (arrêt Vilgrain) JCP 1996 G. II. 22665 note J. Ghestin ; D. 1996. 518 note Ph. Malaurie ; 12 mai 2004, Juris-Data n° 2004-023739 ; Dr. sociétés 2004 (août-sept), p. 10, note F.G.T.

⁵⁸ Cass. crim., 4 nov. 1969, D. 1970, somm. 83. Sur le recours à l'action civile par la société ou l'associé pour demander réparation du préjudice, v. la synthèse de E. Dezeuze, *La réparation du préjudice devant la juridiction pénale*, Rev. sociétés, 2003. 261 (Actes Colloque sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux, 16 décembre 2002, Université René Descartes).

⁵⁹ Bien que les textes ne le prévoient pas expressément, la doctrine (notam. Mercadal et Janin, *op.cit.*, n° 8524) considère que l'on doit étendre l'interdiction des clauses limitatives à l'action individuelle.

⁶⁰ Paris, 14 déc. 1987, D. 1988, somm. p. 248 ; Versailles, 1^{er} déc. 1988, D. 1989, somm.p. 155.

⁶¹ V. art. 164 (action individuelle) et 170 (action sociale) de l'AUS. Sur le point de départ de la prescription en cas de dissimulation des faits, v. Cass. com., 20 mars 1984, BRDA 1984/11 p. 10.

⁶² Sur l'appréciation de cette triple exigence en droit des affaires en général, v. F. Pollaud-Dulian, *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, RTD com., 1997. 349.

2.1.3.1 La faute

L'exigence d'une faute des dirigeants est générale. De la combinaison des dispositions des différents textes de l'AUS⁶³, il résulte que les dirigeants sont individuellement ou solidairement responsables envers la société ou les associés soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, soit des violations des dispositions des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Ces différentes fautes méritent d'être mieux précisées.

En premier lieu, la faute peut consister dans la *violation des lois et règlements* applicables à la société, telles que les règles relatives à sa constitution et à son fonctionnement (par exemple : inobservation des règles relatives au fonctionnement du conseil d'administration, à la tenue des assemblées des associés, à l'information des associés ou à la tenue des comptes sociaux). Ainsi, en droit français, a été jugé responsable pour violation des lois et règlements, le dirigeant qui refuse de convoquer l'assemblée des associés⁶⁴, qui n'observe pas l'obligation d'information à l'égard des actionnaires⁶⁵, ou qui conclut une convention sans l'autorisation préalable de l'autorité compétente⁶⁶.

En second lieu, la faute des dirigeants peut résulter de la *violation des statuts*. Il s'agit d'une hypothèse où les dirigeants ne se conforment pas aux dispositions statutaires régissant la société. Tel est le cas lorsqu'un dirigeant méconnaît une prescription statutaire l'obligeant à obtenir exceptionnellement l'accord des associés pour accomplir un acte⁶⁷ ou sans l'autorisation des associés, promet d'acquérir un terrain en vue de la construction d'une usine alors que les statuts limitent ses pouvoirs aux affaires courantes de la société ne présentant aucun caractère exceptionnel⁶⁸.

Enfin, la responsabilité des dirigeants est généralement la conséquence d'une *faute de gestion*. Celle-ci suppose un manquement (acte, fait ou abstention) commis dans l'exécution du « mandat » social et qui porte atteinte aux intérêts de la société ou des associés. Comme l'a relevé un auteur⁶⁹, « *commet une faute celui qui ne se conduit pas comme l'eût fait à sa place un dirigeant diligent et avisé* ».

Les fautes de gestion couvrent ainsi un éventail large d'actions ou omissions⁷⁰ qui sont susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants envers la société, les associés ou les tiers.

⁶³ V. art. 330 (responsabilité des gérants de SARL) et 740 (responsabilité des administrateurs, de l'administrateur général).

⁶⁴ Cass. com., 12 mars 1974, Gaz. Pal. 1974. 2, p. 662 ; Paris, 28 oct. 1980, JCP G. 1981. IV. P. 393.

⁶⁵ Cass. com. 17 mai 1965, JCP G 1966.II. 14647. Sur cette question en général, v. I. Urbain-Parléani, *Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires*, Rev. sociétés 2001. 781.

⁶⁶ Paris, 7 nov. 1984, BRDA 1984/24 p. 18. Il faut préciser en outre que les conventions conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées. C'est au moment où il statue sur la demande en nullité que le juge doit apprécier si une telle convention a eu des conséquences dommageables pour la société. V. Cass. com., 1^{er} oct. 1996, RJDA 1/97 n° 65 ; 15 mai 1998, RJDA 8-9/98 n° 996.

⁶⁷ Cass. com., 10 mars 1976, JCP G 1977 .II, 18566.

⁶⁸ Paris, 4 févr. 2000, Bull. Joly 2000, p. 817 ; RJDA 6/00 n° 674.

⁶⁹ A. Tunc, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁰ Ainsi, la responsabilité des dirigeants a été engagée pour : absence d'avis aux associés sur la gravité de la situation financière de la société (Cass. com., 5 juin 1961, Bull. civ. III n° 254), conclusion d'un bail dans des conditions préjudiciables à la société (Cass. com., 8 juin 1963, Bull. civ. III n° 283), distribution de commissions à des tiers (Cass. com., 14 déc. 1960, D. 1961. 402), fraudes fiscales (Cass. com., 3 nov. 1988, BRDA 1989/1 p. 11), négligences ayant conduit à la condamnation de la société à des dommages-intérêts pour concurrence déloyale (Paris, 21 mars 1984, BRDA 1984/11 p. 9), prêt consenti à des particuliers en violation de l'objet social (Cass. com., 10 mars 1976, JCP 1977.II. 18566), concurrence à la société dirigée (Cass. com., 7 oct 1997, JCP E 1997,I, n° 710, p. 500), retard dans le remboursement de sommes dues par la société et d'avoir ainsi exposé cette dernière au paiement d'intérêts moratoires (Cass. com., 12 janv. 1993, RJDA 1993, n° 800, p. 698),

Comme en droit commun, toute faute personnelle du dirigeant entraîne sa responsabilité dès lors qu'elle est la cause d'un dommage pour la société ou les associés⁷¹. Il n'est pas nécessaire que la faute soit lourde ou dolosive⁷². Il suffit qu'elle existe et qu'elle soit caractérisée. On peut alors se demander si le dirigeant peut essayer de s'exonérer en invoquant par exemple *la délégation de pouvoirs* qu'il aurait consenti à un préposé⁷³. En principe, cette cause d'exonération n'est pas admise, la jurisprudence considérant que la gestion de la société relève tout entière de sa responsabilité⁷⁴. Toutefois, les juges semblent s'orienter vers une telle exonération en matière civile comme en matière pénale, lorsque le dirigeant peut établir que le délégué était doté des compétences techniques, d'autorité et d'indépendance suffisantes et des moyens nécessaires⁷⁵. Encore faut-il que le dirigeant soit totalement étranger à la commission de la faute ou de l'infraction⁷⁶. Le délégant est tenu d'une obligation de surveiller le délégué et de prendre les mesures qui s'imposent en cas d'agissements répréhensibles de ce dernier⁷⁷.

En somme, comme en droit commun, le dirigeant ne peut s'exonérer qu'en faisant la preuve que le dommage résulte, soit de la force majeure⁷⁸, soit d'une faute de la victime (la société ou de l'associé⁷⁹) ou d'un tiers.

2.1.3.2 *Le dommage*

Le dommage subi par la société ou l'associé doit être prouvé pour que la responsabilité du dirigeant soit engagée. Conformément au droit commun, le demandeur doit démontrer que la faute reprochée au dirigeant lui a causé un dommage dont il entend obtenir réparation. Ce dommage peut être matériel ou moral⁸⁰. La jurisprudence exige simplement la preuve d'un dommage direct, certain et personnel⁸¹. A défaut d'une telle preuve, la responsabilité du dirigeant doit être écartée. Ainsi, la responsabilité d'un dirigeant n'a pas été retenue dans une espèce où il a été démontré que la communication tardive de certaines informations aux actionnaires ne leur avait point été préjudiciable⁸². De même, la responsabilité d'un gérant a

coût trop élevé d'un contrat (Cass. com., 7 oct. 1995, Dr. sociétés 1996 n° 65 ; 18 juin 1996, RJDA 1996, n° 1211).

⁷¹ Une telle rigueur pourrait se justifier par la qualité de professionnel de la gestion qui est reconnue aux dirigeants sociaux. Sur l'incidence de cette qualité de professionnel des dirigeants, v. P. Didier, *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Rev. sociétés 2003, p. 238.

⁷² Cass.com., 26 nov. 1974, JCP 1975. IV, p. 17.

⁷³ Pour une vision d'ensemble du problème de la délégation, v. Mercadal et Janin, *op. cit.*, n° 1912 et s ; C. Mascala, *La délégation : cause d'exonération de la responsabilité pénale des dirigeants*, Bull. Joly, 1998, p. 93, § 38 ; B. de Massiac, *Responsabilité pénale des dirigeants et délégation de pouvoirs*, RJDA 1995/11, chron., p. 927.

⁷⁴ Cass. crim., 19 août 1997, Juris-Data n° 003813. V. P. Le Cannu, *op. cit.*, n° 478

⁷⁵ Cass. crim., 11 mars 1993, Bull. Joly 1993, p. 666 ; JCP E 1994. II. 571 ; 30 mai 2000, Bull. Joly 2001, p. 37.

⁷⁶ S'il y a participé ou n'a pu empêcher sa commission alors qu'il en avait connaissance, la délégation perd son effet exonératoire. V. Cass. crim., 15 oct 1970, Dr. soc., 1970, p. 733 ; 23 janv. 1975, D. 1976. 376 ; 6 oct. 1993, RJDA 1994/1, p. 94, n° 110 ; 13 mars 1995, RJDA 1995/7, p. 730, n° 927 ; 20 mars 1995, RJDA 1995/6, p. 570, n° 717 ; 20 mai 2003, Bull. Joly 2003, p. 242.

⁷⁷ Cass. crim., 6 févr. 1962, Bull. civ. III, p. 65 ; Paris, 11 mars 1953, JCP 1953. IV p. 96.

⁷⁸ Cass. com., 10 mai 1948, JCP 1949, II, 4937.

⁷⁹ Bordeaux, 1^{er} avril 2003, JCP E 2003, n° 1140, p. 1266 ; Paris, 13 janv. 1939, JCP 1939, I. 1021 ; Trib. com. Roubaix, 26 sept. 1956, D. 1957. 10.

⁸⁰ Pour un cas de dommage moral, v. TGI Seine, 18 févr. 1966, RTD com. 1967, p. 190.

⁸¹ En ce sens, Paris, 4 févr. 2000, Bull. Joly 2000, p. 817 ;

⁸² Cass. civ., 29 juin 1899, DP 1905, I, p. 191.

été écartée en l'absence de la preuve que la résiliation d'un contrat par son fait, avait causé un préjudice personnel à l'associé demandeur⁸³.

2.1.3.3 *Le lien de causalité entre la faute et le dommage*

La responsabilité du dirigeant est enfin subordonnée à la preuve par le demandeur de l'existence d'un rapport de causalité entre le dommage subi par la société ou l'associé et la faute reprochée au dirigeant. Il appartient donc aux juges du fond de constater que le préjudice allégué par la société ou les associés a bien sa source dans un acte, fait ou abstention du dirigeant poursuivi⁸⁴. Il est évident que l'établissement de ce lien de causalité est difficile car il est rare que la faute du dirigeant poursuivi soit la cause unique ou principale du dommage⁸⁵. En tout cas, les juges du fond apprécient souverainement les preuves produites par le demandeur pour décider si le dommage est ou non la conséquence du manquement reproché au dirigeant.

Au total, la responsabilité des dirigeants à l'égard de la société ou des associés, telle qu'elle est organisée par le droit des sociétés, est pratiquement subordonnée aux conditions exigées par le droit commun en matière de responsabilité civile. Il en est d'ailleurs ainsi en ce qui concerne leur responsabilité à l'égard des tiers.

2.2 *La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers*

Les règles qui gouvernent la responsabilité des dirigeants envers les tiers sont, pour l'essentiel, identiques à celles applicables aux rapports entre les dirigeants et la société ou les associés⁸⁶. Néanmoins, en droit français où le problème se pose de la même manière, la jurisprudence subordonne cette responsabilité à la preuve par le tiers demandeur d'une faute du dirigeant séparable des fonctions (2.2.1). Avant d'examiner cette exigence, il faut, au préalable, préciser la notion de tiers (2.2.1).

2.2.1 *La notion de tiers*

Il va de soi que toute réflexion sur la notion de tiers fait penser au droit des contrats où celle-ci est utilisée pour définir l'étendue du lien contractuel. De manière sommaire, on définit les tiers par opposition aux parties, celles-ci étant les personnes qui ont conclu le contrat alors que ceux-là sont toutes les personnes qui sont étrangères au contrat⁸⁷. En ayant recours à la même notion, le droit des sociétés relève le caractère contractuel⁸⁸ de la société et oppose alors les associés (ou actionnaires) aux tiers. Les associés sont des personnes physiques ou morales qui ont conclu le contrat de société en faisant un apport ou détiennent des parts ou

⁸³ Cass. com., 5 mars 1991, *Liaisons juridiques et fiscales*, 28 mars 1991, p. 2.

⁸⁴ Paris, 10 juil. 1991, *RJDA* 1991, n° 1035, p. 870.

⁸⁵ En ce sens, F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 363.

⁸⁶ V. art. 161, 330 et 740 de l'AUS.

⁸⁷ Pour une vue générale de la question et des débats qu'elle suscite, v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 8^e éd., 2002, n° 482 et s ; J. Ghestin, *La distinction des parties et des tiers au contrat*, *JCP* 1992. I. 3628 ; J-L. Aubert, *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, *RTD civ.*, 1993. 263 ; C. Guelfucci-Thibierge, *De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*, *RTD civ.*, 1944. 275 ; J. Ghestin, *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*, *RTD civ.*, 1994. 777.

⁸⁸ V. F. Anoukaha et autres, *op. cit.*, n° 58 et s. Il convient de rappeler que la théorie institutionnelle est venue remettre cette approche en question. En tout cas, on s'interroge aujourd'hui sur l'existence du contrat de société. V. Cl. Champaud, *Le contrat de société existe-t-il encore ? in Le droit contemporain des contrats. Travaux de la Faculté des sciences juridiques de Rennes, Economica*, 1987, p. 125.

des actions et qui, en contrepartie, jouissent des droits attachés à celles-ci. En revanche, les tiers sont des personnes qui ne sont pas membres de la société en ce sens qu'ils ne détiennent ni parts sociales, ni actions. Cette catégorie regroupe donc toute une variété de personnes allant des personnes ayant des relations avec la société (comme les créanciers, les fournisseurs) à celles dépourvues de tout lien avec elle.

Les tiers sont donc distincts des associés ou actionnaires. Cependant, on a tendance à assimiler les actionnaires aux tiers. En effet, pour certains auteurs⁸⁹, l'actionnaire se distingue de l'associé en ce sens que contrairement à ce dernier, il n'est pas lié à la société par un contrat, mais uniquement par la détention d'un titre négociable⁹⁰. Autrement dit, si dans cette conception, l'actionnaire n'est pas un contractant, c'est-à-dire une partie au contrat de société, il est donc forcément un tiers.

On peut penser que les auteurs qui dénie la qualité d'associé à l'actionnaire, considèrent particulièrement la situation des investisseurs, c'est-à-dire des personnes qui acquièrent des actions pour obtenir une plus-value ou des dividendes et qui n'entendent pas s'impliquer dans la vie de la société ou se prévaloir des droits reconnus à tout actionnaire. La création des actions à dividende prioritaire sans droit de vote et des certificats d'investissement confirme, d'une certaine manière, le développement de cet actionariat « passif » en droit français. Mais, à l'idée que la passivité peut aboutir à la remise en cause de la qualité d'associé de l'actionnaire, on peut objecter que les droits reconnus à ce dernier par la loi ou les statuts ne se perdent pas par le non usage. Par la détention d'une fraction du capital social, l'actionnaire, qu'il participe ou non à la vie sociale, est bel et bien un associé⁹¹.

En définitive, il apparaît que la catégorie des « tiers » comprend exclusivement toutes les personnes physiques ou morales qui ne sont pas détentrices de titres sociaux. Ayant la possibilité d'agir normalement contre la société, ils ne peuvent mettre en jeu la responsabilité des dirigeants que s'ils font la preuve que ceux-ci ont commis une faute personnelle séparable de leurs fonctions.

2.2.2 *L'exigence d'une faute personnelle séparable des fonctions*

De la combinaison des articles 330 et 740 de l'AUS, il résulte que les gérants, les administrateurs ou l'administrateur général sont responsables individuellement ou solidairement envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés, soit des violations des dispositions des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. La loi française est pratiquement identique⁹². Pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation, la seule preuve d'une faute quelconque ne suffit pas à engager la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers. S'inspirant de la distinction classique en droit administratif entre la faute de service et la faute personnelle⁹³,

⁸⁹ V. Cl. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, notam. n° 36 qui considère les actionnaires comme des « bailleurs de fonds » ou « pseudo-associés » faute d'affectio societatis suffisant ; A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, n° 117 ; G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. Germain, LGDJ, 2002, n° 1535 qui ont cependant une opinion plus nuancée ; Vatinet, art. préc., p. 256 et s.

⁹⁰ Sur ces notions, v. Ph. Reigné, Th. Delorme, *Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire*, D. 2002, chron. 1130. Ces auteurs montrent cependant que la distinction entre la part sociale et l'action fondée sur le critère de négociabilité tend à s'affaiblir.

⁹¹ En ce sens, P. Le Cannu, *op. cit.*, n° 839.

⁹² V. art. L. 223-22 (responsabilités des gérants de SARL) et art. L. 225-251 (responsabilité des administrateurs et du directeur général de S.A).

⁹³ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, t. 1, Thémis, 12^e éd. 1992, p. 551 et s ; R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 11^e éd. 1997, p. 1242 et s.

elle décide que « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il commet une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement⁹⁴ ». D'ailleurs, les chambres civiles ont statué dans le même sens⁹⁵.

Cette jurisprudence a suscité une abondante doctrine⁹⁶ et fait l'objet d'une critique acerbe sous la forme de trois principales objections.

En premier lieu, on lui reproche d'avoir créé « une véritable *immunité des dirigeants à l'égard des tiers* » en reportant toute la responsabilité sur la société⁹⁷.

En second lieu, certains⁹⁸ lui font grief d'une part, d'être contraire aux textes qui ne subordonnent nullement la responsabilité des dirigeants à la preuve d'une faute séparable ou détachable des fonctions; et, d'autre part, d'être l'œuvre de juges statuant *contra legem* ou *ultra legem*.

Enfin, on relève que la position de la Chambre commerciale est contraire à celle adoptée par la Chambre criminelle. Rejetant la distinction entre la faute séparable et la faute non séparable des fonctions, celle-ci décide que le dirigeant qui a intentionnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers engage sa responsabilité à l'égard de celui-ci⁹⁹. La situation des tiers est ainsi tributaire de la nature et de la qualification des faits reprochés au dirigeant. Comme l'écrit justement un auteur¹⁰⁰ « *La stratégie contentieuse est dès lors passablement compliquée pour la victime d'une faute commise par un dirigeant social. Pour des agissements identiques, pénalement qualifiables mais réalisés dans le cadre des fonctions, le dirigeant échappera à toute responsabilité civile s'il est poursuivi devant une juridiction civile, alors qu'il sera au contraire civilement responsable de ses fautes si la victime sollicite réparation devant une juridiction pénale* ».

⁹⁴ Cass. com., 27 janv. 1998, Bull. Joly 1998, p. 535; Dr. sociétés 1998, comm. n° 46 obs. Vidal; 28 avr. 1998, JCP 1998, II, 10177; D. affaires 1998, p. 1008; 20 oct. 1998, D. affaires 1999, p. 41; 4 juin 1991, Rev. sociétés 1992, p. 55; 12 janv. 1999, RJDA 1999, n° 301; 9 mai 2001, JCP E 2001, p. 1071; Bull. Joly 2001, p. 1020.

⁹⁵ Cass. civ., 4 avr. 2001, JCP E 2001, p. 977; 1^{er} juil. 1997, D. 1997, IR p. 207; 18 juin 2003, Dr. sociétés nov. 2003, p. 27 note J. Monnet.

⁹⁶ C. Freyria, *Libres propos sur la responsabilité civile dans la gestion d'une entreprise*, in Mélanges L. Boyer, 1996, p. 178; B. Petit, Y. Reinhard, *Responsabilité civile des dirigeants*, RTD com., 1997, p. 282; G. Auzero, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. affaires 1998, p. 502; V. Wester-Ouisse, *Critique d'une notion imprécise : la faute séparable de ses fonctions*, D. affaires 1999, p. 782; D. Vidal, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, JCP E, Cah. dr. entr. 3/2001, p. 16. Il faut préciser que l'extension de la notion de « faute séparable » s'observe dans d'autres matières et notamment en ce qui concerne la responsabilité des préposés. V. Terré, Simler et Lequette, *op. cit.*, p. 795 et s, notam. n° 838; B. Puill, *Les fautes du préposé : s'inspirer de certaines solutions du droit administratif?* JCP 1996, I, n° 3939; S. Fournier, *La faute « personnelle » du préposé*, Petites affiches 1997, n° 88; J-P. Dorly, *La responsabilité du préposé à l'occasion des actes accomplis dans l'exercice des fonctions*, RJDA. 2000, chron., p. 395; Ch. Radé, *Les limites de l'immunité civile du préposé*, Resp. civ. et assur. 2000, chron., n° 22; Ph. Brun, *L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui*, in La responsabilité du fait d'autrui, Actualité et évolutions, Resp.civ. et ass. Numéro spécial, nov. 2000, p. 14. Cependant, la Cour de cassation a récemment rejeté l'application de la théorie de la faute séparable à la procédure de sanction des autorités boursières. Cass. com., 31 mars 2004, D. affaires 2004, p. 1961, note D. Caramalli.

⁹⁷ V. notam. J-F. Barbiéri, *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive*, in Mélanges Y. Guyon, 2003, p. 41; Note sous Cass. com., 20 mai 2003, Rev. sociétés 2003, p. 479; F. Descorps Declère, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com., 2003, p. 25.

⁹⁸ V. notam. V. Wester-Ouisse, *op. cit.*, p. 784; F. Descorps Declère, *op. cit.*, p. 31 et s; M. Laugier, *L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ?*, Bull. Joly 2003, p. 261 et spéc., n° 11.

⁹⁹ Cass. crim., 20 mai 2003, Bull. Joly, 2003, p. 242, note Th. Massart. V. E. Dezeuze, *La réparation du préjudice devant la juridiction pénale*, Rev. sociétés, 2003, p. 261.

¹⁰⁰ Th. Massart, note précitée, § 242.

En réalité, c'est moins le recours que la conception particulièrement restrictive la notion de faute séparable ou détachable des fonctions la notion de faute séparable ou détachable des fonctions ainsi que le fait de ne pas définir de manière concrète que l'on doit reprocher à la jurisprudence de la Chambre commerciale¹⁰¹. En effet, le raisonnement de la jurisprudence se cristallise essentiellement sur les conditions d'exercice par le dirigeant de ses fonctions. Ainsi, elle considère que la faute séparable est une faute étrangère ou extérieure aux fonctions. Tel est le cas lorsque le dirigeant n'a pas agi *ès qualités*, ou a commis une infraction dans l'exercice de ses fonctions ou a agi dans son intérêt personnel, c'est-à-dire au détriment de la société¹⁰². En revanche, lorsque la faute reprochée au dirigeant a un lien avec les fonctions, la jurisprudence estime qu'elle ne constitue pas une faute séparable ou détachable des fonctions¹⁰³. Par conséquent, la responsabilité de la société est engagée à l'exclusion de celle du dirigeant.

Face aux critiques suscitées par sa jurisprudence, la Chambre commerciale, dans un arrêt rendu le 20 mai 2003¹⁰⁴, a entrepris de circonscrire la notion de faute séparable en décidant que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute personnelle séparable des fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* ». Cette décision a été accueillie de manière contrastée par la doctrine. C'est ainsi que pour un auteur¹⁰⁵, la définition de la faute séparable qu'elle propose est floue et soulève de nombreuses questions en raison des termes utilisés. Par contre, le Professeur Barbiéri¹⁰⁶ considère que la définition de la faute séparable retenue prend en compte le caractère délibéré de la faute¹⁰⁷ (*faute intentionnelle*) et sa gravité (*faute d'une extrême gravité*), et surtout, il observe que « c'est le fait que la faute soit exclusive d'un exercice normal des fonctions qui paraît essentiel, puisque c'est ce qui exprime qu'elle est séparable ».

La controverse sur la notion de faute séparable est donc loin d'être épuisée.

La « *dramatisation* » de la problématique de la faute séparable ou détachable des fonctions, paraît procéder de l'opposition de la doctrine et de la jurisprudence quant au *choix du responsable* d'une part, et de *la fonction de la responsabilité en droit des sociétés*, d'autre part.

S'agissant du *choix du responsable*, c'est-à-dire celui qui doit supporter la charge de la réparation des dommages subis par les tiers, il semble bien que la doctrine et la jurisprudence soient « obnubilées » par la volonté de *désigner à tout prix un seul responsable*, soit la société, soit le dirigeant. Il est évident que la conception restrictive de la faute séparable des fonctions en jurisprudence tend à reporter sur la société, la responsabilité de l'activité dommageable de ses dirigeants. L'argument serait ici que comme le préposé ou le fonctionnaire, le dirigeant est un simple « rouage », un organe social parmi d'autres, qui agit pour le compte d'autrui, à savoir la société, qui doit alors supporter les risques liés aux actes ou faits de ses dirigeants. En revanche, les auteurs qui critiquent cette solution souhaitent essentiellement « *responsabiliser* » les dirigeants. C'est dans ce sens que, dénonçant le report

¹⁰¹ Pour une vue d'ensemble des fondements de cette jurisprudence et leur critique, v. notam. V. Wester-Ouisse, *ibid*, p. 783 et s ; F. Descorps Declère, p. 29 et s.

¹⁰² V. G. Auzero, *op. cit.*, p. 504.

¹⁰³ J-F. Barbiéri, note (sous Cass. com., 20 mai 2003) précitée, n° 7.

¹⁰⁴ D. 2003, p. 1502, obs. Lienhard ; JCP E 2003, n° 1099, p. 1221 ; Bull. Joly 2003, p. 786, note Le Nabasque ; Rev. sociétés 2003, p. 479, note J-F. Barbieri.

¹⁰⁵ En ce sens, I. Grossi, *La responsabilité des dirigeants*, Dr. et patrim. 2003, n° 118, sept, spéc. p. 56.

¹⁰⁶ V. note précitée, n° 8 et s.

¹⁰⁷ Il convient de rappeler que M. G. Auzero dans son étude précitée, avait plutôt suggéré que la faute détachable soit simplement remplacée par la faute lourde afin d'éviter les difficultés liées à la référence aux fonctions.

de la responsabilité sur la société, J-F. Barbiéri¹⁰⁸ s'interroge en ces termes : « Le balancier ne doit-il pas, en effet, repartir en sens inverse, et plus loin ? », c'est-à-dire dans le sens de la « responsabilisation » des dirigeants.

L'opposition paraît donc nette entre la jurisprudence et la doctrine. Dans un tel climat, aucune solution sereine ne peut être trouvée au problème de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers si l'on ne sort de ce « *face à face* » stérile, qui impose, dans la recherche du responsable, à choisir entre la société et le dirigeant. Il faudrait alors explorer une troisième voie qui consisterait à envisager la responsabilité solidaire de la société et des dirigeants. Ainsi, lorsque la faute du dirigeant ne serait pas dépourvue de tout lien avec les fonctions sociales, la responsabilité de la société et du dirigeant serait retenue. Une telle solution aurait l'avantage d'offrir à la victime deux personnes ayant la charge de la réparation de son entier préjudice¹⁰⁹. Le droit OHADA semble bien retenir cette « co-responsabilité ». En effet, l'article 161 de l'AUS dispose : « *Sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions* ». Ce texte ouvre la voie aux tiers de poursuivre le dirigeant et la société dès lors que les conditions de la responsabilité de l'un et l'autre sont réunies. Pour éviter de se retrouver « piégés » par le débat ayant cours en France, les juges africains ont là un instrument juridique qui peut être utile dans la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux de ses dirigeants.

Quant à la *fonction de la responsabilité civile en droit des sociétés*, les approches de la doctrine et de la jurisprudence paraissent diverger également¹¹⁰. En effet, alors que la jurisprudence semble surtout se préoccuper de la *fonction réparatrice de la responsabilité* en reportant la charge de la réparation sur la société, la doctrine, privilégiant plutôt la *fonction normative de la responsabilité* dont l'objectif est de sanctionner et de dissuader les comportements fautifs, est favorable à la condamnation des dirigeants. Faut-il donc forcément choisir entre ces deux fonctions ou ne vaut-il pas mieux essayer de les faire « cohabiter » ? La réponse est difficile. C'est au législateur qu'il appartient de prendre position (La question de la répartition des responsabilités relève de la politique juridique dont la définition lui incombe). C'est à lui qu'il revient de se demander si l'application des règles de la responsabilité civile est encore adaptée à la réparation des dommages causés aux tiers par les dirigeants. On peut en douter. Le recours à d'autres solutions, telle l'assurance¹¹¹, tend à préfigurer, voire à confirmer le « déclin de la responsabilité » en la matière.

En définitive, l'exigence d'une faute séparable des fonctions demeure au centre du débat sur la responsabilité des dirigeants d'une société in bonis. En la maintenant, la jurisprudence instaure une ligne de démarcation entre le droit des sociétés et le droit des procédures collectives. En effet, la preuve d'une faute séparable des fonctions n'est point une condition du succès de l'action en comblement du passif.

¹⁰⁸ J-F. Barbiéri, note précitée, p. 482, n° 3.

¹⁰⁹ Bien entendu, le juge aura la charge de déterminer la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.

¹¹⁰ Sur cette question et notamment en ce qui concerne les dirigeants, v. F. Pollaud-Dulian, *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, RTD com. 1997. 349 ; Ph. Didier, *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Rev. sociétés 2003, p. 238.

¹¹¹ Le recours à l'assurance de responsabilité qui se développe montre bien que d'autres voies existent. V. F. Descorps Declère, *op. cit.*, p. 33 et s ; L. Reiner, *Les protections des dirigeants d'entreprise*, Dr. et patrim. 1995, janv., p. 23 et s ; Ch. Freyria, *L'assurance de responsabilité civile du « management »*, Dalloz, 1995. 121. Sur l'assurance de responsabilité en général, v. M. Bruschi, *L'assurance et la responsabilité civile professionnelle*, in *La responsabilité professionnelle, une spécificité réelle ou apparente*, Petites affiches, 11 juill. 2001, n° 137, p. 70.

3. LE REGIME « SPECIAL » DE RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS DE LA SOCIETE EN DIFFICULTE

L'action en comblement du passif relève bien de la responsabilité civile. J-P. Berdah¹¹² observe fort à propos qu' « *on retrouve sans peine dans l'action en comblement du passif les données de base de la responsabilité civile* ». Il en est ainsi parce que la condamnation des dirigeants sociaux, en vertu d'une telle action, est subordonnée à la preuve d'une faute, d'un dommage et d'une relation de causalité entre la faute et le dommage. Reste à s'interroger sur la nature de cette responsabilité. Suffit-il que cette triple condition soit exigée pour que la responsabilité des dirigeants soit qualifiée de responsabilité de droit commun ? Il n'en est rien, car « encore faut-il que cette action (en responsabilité) ait un caractère indemnitaire et qu'elle donne à la victime le moyen d'obtenir cette réparation¹¹³ ». Or, il est manifeste que l'action en comblement du passif ne l'est pas complètement et, qui plus est, relève sur certains points, de règles dérogatoires au droit commun de la responsabilité civile. Cela transparaît notamment dans l'étude de sa procédure (3.1), de ses conditions (3.2) et de ses effets (3.3).

3.1 Le régime procédural de l'action en comblement du passif

Inspiré de l'article 180 de loi française du 25 janvier 1985¹¹⁴, l'article 183, alinéa 1^{er} de l'AUPCAP prévoit l'action en comblement du passif en ces termes : « *Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic ou même d'office, que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux* ». Ce texte et d'autres encore déterminent les personnes intéressées par la procédure (3.1.1) et fixent les règles régissant celle-ci (3.1.2).

3.1.1 Les personnes visées par la procédure

Les textes déterminent effectivement les personnes titulaires de l'action en comblement du passif (3.1.1.1) et celles contre lesquelles elle peut être exercée (3.1.1.2).

3.1.1.1 Les titulaires de l'action en comblement du passif

L'action en comblement du passif peut être mise en œuvre soit à la requête du syndic, soit d'office par le juge compétent¹¹⁵.

L'action exercée par le syndic l'est au nom de la masse des créanciers¹¹⁶. Nommé par le tribunal compétent, le syndic est chargé de représenter les créanciers et par conséquent, d'exercer toutes actions tendant à préserver leurs intérêts¹¹⁷. En reconnaissant le droit au

¹¹² J-P. Berdah, *op. cit.*, p. 194.

¹¹³ F. Pollaud-Dulian, *ibid.*, p. 374.

¹¹⁴ Cet article est devenu l'art. 624-3 du Code de commerce.

¹¹⁵ Art. 183 al. 2 AUPCAP.

¹¹⁶ En droit français, cette action peut être exercée par l'administrateur, le représentant des créanciers, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou le procureur de la République. Bien entendu, le tribunal peut se saisir d'office. V. art. L. 624-6 C. com.

¹¹⁷ Il ne peut agir que tant qu'il demeure en fonction. Comparer avec le droit français où la jurisprudence décide que le commissaire à l'exécution du plan de redressement qui représente les créanciers, n'a plus qualité pour exercer une action en complément du passif dès que sa mission prend fin. V. Cass. com., 25 nov. 1997, RJDA

syndic d'exercer l'action en comblement du passif, la loi refuse le droit d'agir aux créanciers pris individuellement¹¹⁸. La question se pose de savoir si le syndic agit librement ou s'il doit requérir l'avis ou l'autorisation des autres organes de la procédure tel que sont le juge commissaire et les contrôleurs. Une certaine doctrine soutient que le syndic doit consulter les contrôleurs lorsqu'il en existe¹¹⁹. Cette exigence ne paraît ni utile ni justifiée, le syndic agissant dans l'intérêt exclusif des créanciers dont il est le représentant légal.

La responsabilité des dirigeants peut aussi, d'office, être mise en œuvre par la juridiction compétente en matière commerciale. Le pouvoir ainsi reconnu au tribunal peut surtout avoir à s'exercer en cas de carence du syndic. A cet effet, disposant des éléments du dossier de procédure ou d'informations qui lui sont fournies par les créanciers ou même le juge commissaire, le tribunal est « bien placé » pour se saisir d'office¹²⁰ et se prononcer sur la faute et la responsabilité éventuelle des dirigeants de la société.

3.1.1.2 *Les personnes visées par l'action en comblement du passif*

L'action en comblement du passif est susceptible d'être exercée contre diverses personnes. Suivant les dispositions de l'article 180 de l'AUPCAP, il s'agit des « *dirigeants personnes physiques ou morales, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes*¹²¹ ». L'action en comblement du passif vise donc les dirigeants statutaires¹²², mais aussi tous ceux qui, sans cette qualité, se sont immiscés dans la direction de la société. Elle vise autant les *dirigeants en fonction* au moment de l'ouverture de la procédure collective que les *dirigeant retirés*, à condition que ceux-ci fussent en fonction au moment où la faute a été commise¹²³. Par ailleurs, l'action en comblement peut aussi être dirigée contre la personne physique représentant de manière permanente une personne morale dirigeante¹²⁴. Enfin, la jurisprudence française admet l'exercice d'une telle action contre les héritiers des dirigeants fautifs¹²⁵.

3/98, n° 319 ; 28 mars 2000, RJDA 6/00, n° 696, p. 557 ; 29 oct. 2002, Dr. sociétés mars 2002, p. 18 ; 24 sept. 2003, Dr. sociétés, mars 2004, p. 22.

¹¹⁸ On considère en droit français que l'énumération de l'article 180 ou L. 624-3 C. com. est limitative. Par conséquent, toute personne qui n'y figure pas ne peut agir, à l'exemple des créanciers. V. B. Feugère, *Le dirigeant d'une personne morale cité devant le tribunal de commerce pour comblement du passif* (Article 180 de la loi du 25 janvier 1985), RJ com. 1999. 333 ; Cass. com. 8 janv. 1985, Bull. civ. IV. n° 3 ; 5 janv. 1995, Bull. Joly 1995, § 84, p. 266 ; 3 oct. 2000, RJDA 1/2001, n° 60 ; 29 oct. 2002, Dr. sociétés 2003, comm. 47.

¹¹⁹ F. Sawadogo, *op. cit.*, n° 344.

¹²⁰ Il n'empêche que se pose d'une certaine manière le problème de l'impartialité du juge. V. les observations de M. Valens, RTD com., 1999. 989.

¹²¹ Sur tous ces dirigeants, v. supra n° 4 ; F. M. Sawadogo, *op. cit.*, n° 340 à 342.

¹²² En droit français, on considère que seuls les organes statutaires de direction sont visés. Tel n'est pas le cas des membres du conseil de surveillance. V. E. Le Corre-Broly, *Droit des entreprises en difficulté*, éd. A. Colin, 2001, n°434 ; D. Martin, *Les membres du conseil de surveillance sont-ils des dirigeants sociaux au sens de la loi du 25 janvier 1985 ?*, Gaz. Pal. 1991, I, doctr. 24.

¹²³ Cass. com., 13 déc. 1982, Bull. civ., IV, n° 116 ; 27 avr. 1993, Rev. sociétés 1993, 871, note H. Le Nabasque ; 8 juin 1999, Dict. perm. Difficultés des entreprises, Bull. 188, 1^{er} sept. 1999, p. 6430.

¹²⁴ Cass. com., 3 janv. 1995, Bull. Joly 1995, 267, note A. Couret ; 25 mars 1997, D. Affaires 1997, 579.

¹²⁵ La jurisprudence admet une telle action en raison de son caractère patrimonial et à la condition que les héritiers aient accepté la succession. V. Cass. com., 2 oct. 1984, Bull. civ., IV, n° 250 ; 19 mai 1982, Bull. civ., IV, n° 191 ; Versailles, 27 févr. 1997, RJDA 1998, n° 85.

3.1.2 La procédure¹²⁶

Il s'agit de déterminer la juridiction compétente, de préciser les modalités d'information du défendeur, les délais de prescription et les conditions dans lesquelles intervient la décision.

D'abord en ce qui concerne le juge compétent pour connaître de l'action en comblement du passif, c'est la juridiction ayant ouvert la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Conformément à l'article 4 de l'AUPCAP, la juridiction territorialement compétente est celle dans le ressort de laquelle la société a son siège ou son principal établissement. Cette solution est logique et cohérente : logique parce que c'est le tribunal ayant ouvert la procédure collective qui détient tous les éléments qui permettent de statuer aisément ; cohérente parce qu'elle assure au dirigeant d'être poursuivi devant la même juridiction, que la société soit *in bonis* ou soumise à une procédure collective¹²⁷.

Ensuite, s'agissant de la signification, il faut distinguer suivant que l'action est exercée par le syndic ou qu'il y a saisine d'office. Dans le premier cas, l'assignation doit être signifiée au ou aux dirigeants mis en cause huit jours au moins avant l'audience¹²⁸. Dans le second, il revient au président du tribunal, dans les mêmes délais que ci-dessus, de convoquer par acte extrajudiciaire le dirigeant, par les soins du greffe¹²⁹.

S'agissant de la prescription, l'AUPCAP institue un délai de prescription dérogatoire au droit commun. Il est de trois ans à compter de l'arrêté définitif de l'état des créances¹³⁰. Ce délai est normalement suspendu pendant la durée du concordat de redressement recommence à courir en cas de résolution ou d'annulation dudit concordat. Dans cette hypothèse, la loi prévoit que le « *syndic dispose à nouveau, pour exercer l'action, d'un délai qui ne peut, en aucun cas, être inférieur à un an*¹³¹ ». Cette disposition tend à « favoriser » l'exercice de l'action dont l'intérêt n'est pas à démontrer pour les créanciers.

Enfin, la décision du tribunal doit intervenir dans les « *moindres délais* » à l'issue d'une audience non publique au cours de laquelle le juge-commissaire et les dirigeants poursuivis sont entendus¹³². Comme l'a relevé un auteur, « la procédure de l'action en comblement du passif, comme celle des autres actions relatives aux procédures collectives, est placée sous le sceau de l'urgence¹³³ ». L'AUPCAP aurait pu, pour confirmer cette exigence, impartir un délai ferme au tribunal pour statuer, ce d'autant plus que la décision rendue n'échappe point aux voies de recours¹³⁴.

3.2 Les conditions de l'action en comblement du passif

L'action en comblement du passif ne peut aboutir à la condamnation du dirigeant mis en cause qu'à la condition que la preuve d'une faute de gestion (3.2.1), d'une insuffisance d'actif (3.2.2) et du lien de causalité (3.2.3) entre les deux, soit établie.

¹²⁶ Sur les aspects processuels des procédures collectives en général, v. P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, Biblio. Dr. privé, LGDJ, 2002, t. 268.

¹²⁷ V. en ce qui concerne la société *in bonis*, v. art. 164 et 170 qui attribuent la compétence au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège de la société.

¹²⁸ Art. 183 al. 2 AUPCAP. L'assignation est faite par acte extrajudiciaire.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ V. art. 186 AUPCAP.

¹³¹ Ibid.

¹³² V. art. 183 al. 3. AUPCAP.

¹³³ F. M. Sawadogo, *op. cit.*, n° 344.

¹³⁴ La décision peut faire l'objet d'appel. V. art. 221 et 224 de l'AUPCAP.

3.2.1 L'exigence d'une faute de gestion

La première exigence de la loi est la preuve de l'existence d'une *faute de gestion* du dirigeant commise avant l'ouverture de la procédure collective¹³⁵. L'exigence d'une faute établie a donc remplacé la présomption de faute du dirigeant, ce qui entraîne un renversement de la charge de la preuve¹³⁶. La jurisprudence française paraît retenir une conception très large de la faute de gestion¹³⁷. Celle-ci s'entend de toute faute du dirigeant, qu'elle soit légère, grave, lourde ou dolosive, qu'elle consiste en un fait positif ou en une abstention, à condition qu'elle soit commise dans le cadre de l'administration et la gestion de la société. Elle recoupe ainsi des comportements qui vont de la simple maladresse ou négligence à l'accomplissement d'actes frauduleux au détriment de la société.

La jurisprudence française fait montre de rigueur, voire de sévérité à l'égard du dirigeant de la société soumise à une procédure collective.

D'abord, elle considère que la faute de gestion peut intervenir stades de la vie sociale. C'est ainsi qu'elle admet l'existence d'une faute de gestion lors de la constitution de la société¹³⁸. Dans ce cas précis, un auteur¹³⁹ observe que « ce que les magistrats vont sanctionner c'est l'imprudence fautive, l'audace inconsidérée (...), en un mot ils demandent aux « joueurs et amateurs » de s'abstenir, même s'ils reconnaissent un certain droit à l'erreur ».

Ensuite, contrairement au dirigeant de la société *in bonis*, le dirigeant de la société en difficulté ne peut invoquer la faute séparable ou détachable des fonctions pour écarter sa responsabilité¹⁴⁰. En d'autres termes, entre le dirigeant poursuivi en comblement du passif social et la masse des créanciers qui constitue pourtant un regroupement de tiers représenté par le syndic, la faute séparable n'opère pas et n'a donc aucune vertu exonératoire. Cette solution discriminatoire ne peut être justifiée que si l'on considère que l'action en comblement du passif est une action sociale. Or, rien n'est moins sûr¹⁴¹.

Il y a lieu de s'interroger sur le cas particulier de la responsabilité des personnes physiques représentant des personnes morales dans les organes de gestion ou d'administration de la société. La question est de savoir si la personne physique représentant une personne morale ne pourrait pas invoquer *la faute non détachable ou non séparable des fonctions* pour s'exonérer ou reporter la responsabilité sur la société dont elle peut être soit un dirigeant, soit un salarié.

¹³⁵ M. Bourrie-Quenillet, *La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif, pratique judiciaire*, JCP E 1998, p. 455 ; J. Calvo, *L'action en comblement de passif et la faute de gestion*, Petites affiches, n° 63, 27 mai 1998, spéc. 16 ; A. Martin-Serf, *Panorama des fautes de gestion*, RTD com., 1999, 983 ; C. Saint-Alary-Houin, *La responsabilité patrimoniale des dirigeants des sociétés en difficultés*, Rev. proc. Coll. 2001, p. 145 ; S. Hadji-Artinian, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, 2001.

¹³⁶ V. Ph. Tiger, *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA*, Petites affiches, 13 oct 2004, n° 205, p. 44.

¹³⁷ V. A. Jacquemeont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2^e éd., 2002 ; I. Grossi, *La responsabilité des dirigeants*, Dr. et patrim. 2003, p. 50 et spéc. p. 52 et s.

¹³⁸ Exemples de fautes contemporaines à la création : choix d'investissements inadaptés ou excessifs compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement (Cass. com., 19 mars 1996, JCP E I, p. 584, § 17 ; 20 juin 2000, Bull. Joly 2000, § 231, p. 906 ; 19 févr. 2002, RJDA 7/2002, n° 791, p. 663 ; 29 oct. 2002, Dr. sociétés, mars 2003, note 46), fixation initiale d'une rémunération du dirigeant proportionnée aux résultats prévisionnels (Rennes, 13 déc. 1995, Juris-Data, n° 052352 ; Lyon, 12 sept. 2002, Dr. sociétés, janv. 2004, p. 19) ; insuffisance de fonds propres (Cass. com., 23 nov. 1999, RJDA 4/2000, n° 457, p. 361 ; Aix, 16 mai 2001, RJDA 2002/4, n° 416, p. 353).

¹³⁹ M-J. Campana, *La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire*, RJ com. 1994. 133. Dans le même sens, I. Grossi, *op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁰ V. Wester-Ouisse, *op. cit.*, p. 785.

¹⁴¹ Sur cette question controversée et difficile, v. A. Brunet, M. Germain, *L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 relatif à l'action en contribution au paiement du passif social*, Petites affiches, 23 juill. 1986, n° 88, p. 51 et spéc. p.53 et s.

Une réponse affirmative paraît s'imposer eu égard aux solutions dégagées par la jurisprudence tant en droit des sociétés qu'en droit civil, à propos de la responsabilité des préposés¹⁴². C'est dire que le syndic (ou le tribunal) doit établir que le représentant de la personne morale a, soit commis une faute personnelle séparable des fonctions s'il a la qualité de dirigeant, soit une faute qui excède les limites de la mission qui lui a été confiée s'il s'agit d'un salarié. En l'absence d'une telle preuve, il faudrait se retourner contre la personne morale représentée. En tout état de cause, la personne morale est tenue solidairement des condamnations prononcées contre son représentant permanent¹⁴³.

3.2.2 La preuve de l'insuffisance d'actif

Le succès de l'action en comblement du passif est subordonné à la preuve d'un préjudice subi par la société. Ce préjudice, c'est l'insuffisance d'actif. Il y a insuffisance de l'actif lorsque l'actif réalisé est insuffisant pour désintéresser les créanciers¹⁴⁴. Autrement dit, l'insuffisance d'actif existe lorsque le passif est supérieur à l'actif disponible.

L'insuffisance d'actif doit être certaine. La charge de la preuve incombe au demandeur¹⁴⁵ et il revient à la juridiction compétente de constater l'existence de l'insuffisance d'actif. En tout état de cause, l'existence et le montant de l'insuffisance d'actif doivent être appréciés au moment où le tribunal statue¹⁴⁶. Ainsi, il a été jugé que lorsque le dirigeant règle l'insuffisance avant le jugement d'ouverture, l'action en comblement du passif devient sans objet¹⁴⁷. Il en est également ainsi en cas de clôture pour extinction du passif car celle-ci exclut l'existence d'un dommage¹⁴⁸.

3.2.3 La preuve du rapport de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif

L'action en comblement ne peut aboutir à la condamnation du dirigeant que si le lien de cause à effet entre la faute de gestion qui lui est reprochée et l'insuffisance d'actif, est établi. En effet, l'article 183 de l'AUPCAP n'envisage la responsabilité du dirigeant qu'« *en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif* ».

La preuve du lien de causalité peut s'avérer difficile, d'une part lorsque les fautes de gestion ont été commises à une période plus ou moins lointaine de la constatation de l'insuffisance d'actif ; et d'autre part, parce que « la défaillance d'une entreprise est souvent due à une multiplicité d'éléments qui interagissent et parmi lesquels il est difficile d'isoler un facteur causal déterminant¹⁴⁹ ». La jurisprudence fait preuve de pragmatisme et paraît adopter la *théorie de l'équivalence des conditions*¹⁵⁰ lorsqu'elle décide que la responsabilité du dirigeant est engagée dès qu'il est établi qu'une faute de gestion aurait contribué à l'insuffisance d'actif. En tout cas, la Cour de cassation¹⁵¹ a jugé que « *le dirigeant d'une*

¹⁴² V. supra, n° 40.

¹⁴³ V. en ce sens, Cass. com., 3 janv. 1995, Bull. Joly 1995, § 84, p. 266, note A. Couret.

¹⁴⁴ Metz, 20 oct. 1992, Juris-Data, n° 048844.

¹⁴⁵ Cass. com., 23 sept. 1981, Bull. civ. IV, n° 334.

¹⁴⁶ Cass. com., 27 févr. 1978, D. 1978, IR. 334 ; 18 févr. 1992, RJDA 1992/5, n° 521 ; 28 févr. 1995, RJDA 5195, n° 651 som.

¹⁴⁷ Paris, 21 mars 1977, inédit, cité par B. Feugère, in article précité, p. 337, note n° 43.

¹⁴⁸ En ce sens, F.M. Sawadogo, *op. cit.*, n° 338 in fine.

¹⁴⁹ A. Jacquemont, *op. cit.*, n° 736.

¹⁵⁰ En ce sens, F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 363 ; Ph. Pétel, *Procédures collectives*, Dalloz, Cours, 2001, 3^e éd., n° 442. Contra, F. Derrida, P. Godé et J-P. Sortais, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, Dalloz, 1991, 3^e éd., n° 548 ; Y. Chaput, *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, PUF 1996, n° 617 ; A. Jacquemont, *op. cit.*, n° 736.

¹⁵¹ Cass. com., 30 nov. 1993, Bull. Joly 1994, p. 410, obs Petel. Dans le même sens, v. Cass. com., 2 mai 2001, Dr. sociétés 2001, comm. 141.

personne morale peut être déclaré responsable sur le fondement de l'article L.624-3 du Code de commerce même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance de l'actif et qu'il peut être condamné à supporter la totalité des dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles ».

L'exigence du lien de causalité entre la faute et l'insuffisance d'actif paraît être pour certains auteurs « le principal obstacle à la prise en compte de la moindre inobservation des règles légales¹⁵² ». Autrement dit, la violation des dispositions législatives ou réglementaires (voire celle des statuts) ne pourrait être reconnue comme cause de l'insuffisance d'actif que s'il est démontré qu'elle a, d'une manière ou d'une autre, contribué à « l'appauvrissement » du patrimoine de la société.

En tout état de cause, la juridiction saisie dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer si la faute reprochée au dirigeant a contribué à l'insuffisance d'actif. La Cour de cassation exerce simplement son contrôle sur l'existence d'une faute de gestion¹⁵³ que les juges du fond sont tenus de caractériser¹⁵⁴. Ceux-ci peuvent ainsi décider, en toute liberté, alors même que la faute du dirigeant est établie, de le condamner ou non à combler le passif.

3.3 Les effets de l'action en comblement du passif

L'exigence des conditions ci-dessus examinées confirme le rapprochement de l'action en comblement du passif de l'action en responsabilité contre le dirigeant d'une société *in bonis*. En réalité, ce rapprochement n'est qu'apparent, les deux actions s'opposant quant au *principe de la condamnation du dirigeant* et à *l'étendue de la réparation*.

D'abord, s'agissant du *principe de la condamnation du dirigeant*, il convient de rappeler qu'en droit commun de la responsabilité civile, il est de règle que la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité entre la faute et le dommage entraîne la condamnation de l'auteur du fait dommageable. Le juge ne peut exonérer ou limiter la responsabilité de ce dernier que si ce dernier peut se prévaloir d'une cause d'exonération parmi celles prévues par la loi ou admises par la jurisprudence. Toute autre est la situation lorsqu'il s'agit de l'action en comblement du passif, comme le prouve l'expérience française.

En effet, en droit français, il est admis que *quand bien même la faute est établie, la condamnation du dirigeant ne s'impose pas aux juges*. Ceux-ci disposent d'une faculté d'appréciation « pouvant aller jusqu'à l'opportunité d'apprécier de prononcer ou non une condamnation¹⁵⁵ ». Les juges du fond exercent donc un véritable *pouvoir optionnel* puisqu'ils ont la liberté de condamner ou de ne pas condamner un dirigeant malgré la preuve de ses fautes¹⁵⁶. Cette solution est critiquable dans la mesure où elle semble contredire les termes de la loi (*art. L. 624-3 C. com. fr ; art 183 AUPCAP*) qui ne reconnaît aux juges que la possibilité de faire supporter tout ou partie du passif social aux dirigeants¹⁵⁷. Aussi, soit la faute de gestion est à l'origine ou a contribué à l'insuffisance d'actif et le dirigeant doit être condamné à payer tout ou partie du passif social; soit elle n'y est pour rien et alors le dirigeant doit être mis hors de cause. Le paradoxe qui consisterait pour le juge à constater l'existence

¹⁵² En ce sens, F. Perochon, R. Bonhomme, *op. cit.*, n° 432 in fine, p. 488.

¹⁵³ En ce sens, B. Hatoux, J.-Cl. *Procédure collective*, Fasc. 2207, n° 116.

¹⁵⁴ Cass. com., 17 mars 1998, Rev. pr. Coll. 1999, p. 46, obs. A. Martin-Serf; Bourges, 3 juin 1998, JCP G 1998, IV, n° 2471.

¹⁵⁵ Versailles, 27 sept. 2001, RJDA 2/2002, n° 184, p. 153. V. aussi Cass. com. 7 juil. 1987, Bull. Joly 1987, p. 641, § 269 ; 19 févr. 2002, RJDA 8-9/2002, n° 919, p. 781. V. sur cette question, M. Bourrie-Quenillet, *op. cit.*, n° 19.

¹⁵⁶ B. Hatoux, *op. cit.*, n° 121.

¹⁵⁷ V. infra, n° 44.

d'une faute de gestion tout en refusant de condamner le dirigeant n'est justifiable ni sur le plan strictement juridique, ni sur la plan moral¹⁵⁸.

Les dirigeants sociaux ne peuvent être exonérés qu'en cas de force majeure ou de cas fortuit, ou encore en cas d'absence de faute¹⁵⁹, c'est-à-dire quand le dirigeant peut démontrer qu'il a apporté à la gestion de la société toute l'activité et la diligence nécessaires.

Ensuite, c'est en réalité en ce qui concerne *l'étendue de la réparation* que le régime de l'action en comblement du passif se démarque du droit commun de la responsabilité civile. Comme l'a écrit un auteur¹⁶⁰, « Force est de constater que l'action en comblement du passif, si elle procède de la responsabilité civile, tend à s'en émanciper ».

Contrairement au droit commun où l'auteur du fait dommageable est normalement condamné à réparer l'intégralité du préjudice subi par la victime, dans le cas de l'action en comblement du passif, la faculté est laissée au juge de condamner le dirigeant à supporter *tout ou partie des dettes de la personne morale*¹⁶¹. Il arrête donc souverainement le montant du passif social mis à la charge du dirigeant¹⁶². Dans cette optique, la Cour d'appel de Versailles¹⁶³ a justement précisé qu'« *il doit être tenu compte non seulement de la gravité des fautes de gestion reprochées et établies ainsi que du montant de l'insuffisance d'actif, mais également de la situation personnelle¹⁶⁴ du dirigeant et de ses facultés contributives* ». En tout état de cause, le montant de la condamnation du dirigeant ne peut en aucun cas dépasser le montant de l'insuffisance d'actif¹⁶⁵. Le tribunal ne saurait donc prendre en compte aucun autre préjudice¹⁶⁶.

Reste à savoir si la limitation de la responsabilité du dirigeant à tout ou partie de l'insuffisance d'actif est encore justifiée si l'on considère que la double présomption de faute et de causalité instituée par la loi du 13 juillet 1967 a été supprimée par l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 dont est inspiré l'article 183 de l'AUPCAP. En effet, la limitation du montant de la condamnation pouvait apparaître comme une contrepartie à ce régime particulièrement strict, en vue d'alléger la responsabilité des dirigeants¹⁶⁷. Le législateur OHADA aurait pu se démarquer du droit français et supprimer le « pouvoir modérateur absolu¹⁶⁸ » reconnu aux juges du fond. Ce faisant, il aurait pu permettre à l'action en comblement du passif de retrouver une fonction pleinement indemnitaire au profit de la

¹⁵⁸ Ce paradoxe fait penser à la fameuse formule créée par Mme Dufoix lors de l'affaire dite du « sang contaminé » : « *Je suis responsable mais pas coupable* ».

¹⁵⁹ En ce sens, M.-J. Campana, *op. cit.*, p. 136 et s.

¹⁶⁰ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 374.

¹⁶¹ V. art. 183 AUPCAP, art. 624-3 C. Com. Français.

¹⁶² Il faut préciser que la personne morale dont les dettes peuvent être mises à la charge du ou des dirigeants est exclusivement celle qu'ils dirigeaient et non celles « *d'autres personnes morales auxquelles la procédure collective a été étendue sur le fondement d'une confusion des patrimoines mais dont ceux-ci n'ont pas été les dirigeants* ». En ce sens, Cass. com., 23 mai 2000, Bull. civ. IV, n° 108 ; Bull. Joly 2000, p. 789 ; JCP E 2000. 1567.

¹⁶³ V. arrêt précité.

¹⁶⁴ Par ex. son état de santé (Grenoble, 7 janv. 1999, JCP E 1999, p. 745 : dirigeant ayant subi un traitement psychiatrique) ou son comportement (Cass. com., 25 juin 2002, Dr. sociétés, avril 2003, p. 22 ; Aix-en-Provence, 11 sept. 2001, Dr. sociétés 2002, comm., 26 : dirigeant ayant essayé d'améliorer la situation de la société).

¹⁶⁵ Cass. com., 17 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 359, p. 255 ; 3 févr. 1998, Bull. Joly 1998, p. 642, § 214 ; 17 juill. 2001, RJDA 12/2001, n° 1239, p. 1034.

¹⁶⁶ Ainsi, il ne peut prendre en compte ni le passif postérieur au jugement d'ouverture (Cass. com., 28 févr. 1995, RJDA 5195, n° 651 som), ni les frais de réalisation de l'actif (Cass. com., 16 févr. 1993, RJDA 6/93, n° 571 ; Rev. sociétés 1993, p. 655), ni les frais ou honoraires dus aux différents mandataires (Cass. com., 2 juin 1987, D. 1988, somm. 39) ou du commissaire-priseur chargé de la vente de biens mobiliers (Cass. com., 16 févr. 1993, D. 1993, somm. 319).

¹⁶⁷ En ce sens, F. Derrida, note au D. 1979, p. 459.

¹⁶⁸ L'expression est de M. J.-J. Daigre, *op. cit.*, p. 205.

société ou des créanciers. C'eût été le moyen le plus adéquat de rapprocher davantage le régime de cette action de celui de la responsabilité civile des dirigeants de la société *in bonis*, voire de la responsabilité civile de droit commun.

En raison de cette limitation éventuelle du montant de la condamnation du dirigeant par le tribunal, la question s'est posée de savoir s'il était possible, pour obtenir réparation de l'entier préjudice subi par la société ou les créanciers, d'exercer contre les dirigeants soit une action en responsabilité civile de droit commun, soit l'action en responsabilité prévue par le droit des sociétés, soit de cumuler celle-ci avec l'action en comblement du passif. Cette question qui a tant divisé la doctrine¹⁶⁹, est aujourd'hui tranchée par la jurisprudence française qui s'est prononcée en faveur du caractère exclusif de l'action en comblement du passif. La Cour de cassation¹⁷⁰ a effectivement jugé que « *l'ouverture d'une procédure collective emporte, pour les dirigeants sociaux, attraction et même absorption des règles de leur responsabilité par le régime dérogatoire organisé par la loi de 1985, tant en ce qui concerne les fautes de nature à engager leur responsabilité, que les personnes susceptibles de la mettre en cause et le préjudice donnant lieu à réparation* ». C'est dire que « l'action en comblement du passif ne se cumule, au cas où la procédure fait apparaître une insuffisance d'actif, ni avec l'action en responsabilité des dirigeants du droit des sociétés (art. 52 ou 244 de la loi de 1966), ni avec l'action en responsabilité de droit commun des articles 1382 du code civil¹⁷¹ ». Elle « est la seule voie ouverte pour engager la responsabilité des dirigeants sociaux dans l'hypothèse d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire de la société¹⁷² ».

La règle du non cumul de l'action en comblement du passif avec toute autre action en responsabilité ne connaît une exception qu'en matière fiscale¹⁷³. Ainsi, l'action en comblement du passif peut se cumuler avec l'action de l'Administration fiscale exercée contre le dirigeant d'une société qui « *est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossibles le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société*¹⁷⁴ ».

Au total, il faut admettre que dès l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, le sort des dirigeants sociaux change radicalement car ceux-ci ne

¹⁶⁹ En faveur du cumul : A. Brunet, H. Germain, *op. cit.* ; Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 2, 1^{re} et 3^e éd., n° 1394 ; J. Honorat, note sous Cass. com., 18 juill. 1989, Rép. Defrenois 1990. 634 ; J-Ph. Hael, obs. sous Cass. com., 28 févr. 1995, RTD com., 1995. 663. Contre : J-J. Daigre, *De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire*, Rev. sociétés 1988, p. 189.

¹⁷⁰ Cass. com., 28 févr. 1995, JCP G 1995, I, 3871, n° 15 ; D. 1995. 390 ; Bull. Joly 1995, p. 544, § 194 ; Rev. sociétés 1995, p. 555 ; 20 juin 1995, Rev. sociétés 1995, p. 555. V. aussi Cass. com., 3 oct. 2000, Bull. Joly 2001, p. 24, § 4. Sur l'appréciation de cette solution : J-J. Daigre, *Une évolution jurisprudentielle bienvenue. Le non-cumul de l'action en comblement du passif et des actions en responsabilité de droit commun*, Bull. Joly 1995, p. 954 ; M-C. Piniot, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Non-cumul du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, RJDA 1995/7, p. 580 ; B. Soinne, *La responsabilité des dirigeants d'une personne morale en cas de redressement ou de liquidation judiciaire : une évolution jurisprudentielle préoccupante*, Petites affiches, 2 août 1995, p. 12.

¹⁷¹ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 373.

¹⁷² F. Descorps Declère, *op. cit.*, p. 38.

¹⁷³ En droit français, v. art. L. 267 du Code général des impôts. Sur cette question, v. A. Lienard, *La responsabilité fiscale des dirigeants de sociétés en droit français*, Rev. proc. coll. Mars 2002, p. 10 et spéc. pp. 12-13.

¹⁷⁴ En effet, la Cour de cassation (Com. 9 déc. 1997, Rev. sociétés 1998. 316, note Daigre ; JCP E. 1998. 659 obs. Pétel) considère que l'action prévue à l'article L. 267 n'est exclue que si, en vertu d'une autre disposition légale, le dirigeant est tenu de la totalité de la dette fiscale. Or, tel n'est pas le cas lorsque le dirigeant est poursuivi sur la base des dispositions de l'article L. 624-3 C. com (anc. Art 180 de la loi du 25 janvier 1985) car sa condamnation couvre rarement la totalité du passif social. V. A. Lienard, *La responsabilité fiscale des dirigeants de sociétés en droit français*, Rev. proc. coll. Mars 2002, p. 10.

sont plus susceptibles que d'une action en comblement du passif. Ils ne peuvent faire l'objet ni des actions en responsabilité prévues par le droit des sociétés, ni même de l'action en responsabilité civile de droit commun. Toutefois, sans remettre en cause ces principes, la Cour de cassation¹⁷⁵ a jugé que la responsabilité d'un dirigeant peut être recherchée sur le fondement du droit commun des sociétés dès lors qu'aucune insuffisance d'actif n'a été alléguée, l'action en réparation étant antérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective. De même, il est admis que la responsabilité d'un dirigeant peut être recherchée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil lorsque le demandeur invoque un préjudice personnel et distinct de celui de l'ensemble des autres créanciers, d'une part, et d'autre part, que l'action est fondée sur une faute personnelle du dirigeant séparable ou détachable de ses fonctions¹⁷⁶.

4. CONCLUSION

La responsabilité civile des dirigeants sociaux, telle que prévue par le droit OHADA, donne donc lieu à l'application de règles différentes selon que la société est *in bonis* ou soumise à une procédure collective. Cette situation est critiquable. Il est, en effet, difficile de comprendre comment deux régimes de responsabilité ayant un fondement identique, à savoir une faute de gestion des dirigeants, peuvent diverger autant, en raison simplement du moment où se pose la question de la responsabilité éventuelle de ceux-ci. L'exigence de cohérence des règles juridiques implique que la sanction des dirigeants fautifs soit exactement la même, quelle que soit la situation de la société. En prévoyant des règles de responsabilité qui varient suivant que l'action relève du droit des sociétés ou du droit des procédures collectives, le droit OHADA, « héritier » en cela du droit français, instaure une disparité entre les sorts des dirigeants sociaux qui paraît juridiquement injustifiée, et autant le dire, arbitraire./.

¹⁷⁵ Cass.com., 28 mars 2000, Bull. civ.IV, n° 70 ; JCP E 2000, p. 1566 ; D. 2000, act. Jurispr. P. 227 ; Act. Pr. coll. 2000, comm. 113, note B. Saintourens ; 28 mai 2002, Juris-Data n° 2002-017991 ; Dr. sociétés, juin 2003, p. 17.

¹⁷⁶ Montpellier, 18 juin 2002, Juris-Data n° 2002-209025 ; Dr. sociétés juill. 2003, p. 28 ; Nancy, 21 nov. 2002, Juris-Data n° 2002-198356 ; Dr. sociétés avril 2003, p. 25 ; Paris, 9 nov. 2001, Dr. sociétés 2002, comm. 68 obs Vidal ; Versailles, 22 juin 2000, D. affaires 2000, jurispr. p. 367 ; Bull. Joly 2000, p. 1051, § 260.

RESUME :

La présente étude entend faire le point sur le régime juridique de la responsabilité des dirigeants des sociétés commerciales en droit OHADA. Elle aboutit au constat que comme en droit français, la responsabilité civile des dirigeants sociaux varie suivant la situation de la société. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une société *in bonis*, la responsabilité des dirigeants telle qu'elle est organisée par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, est pratiquement identique à la responsabilité civile de droit commun, que l'action soit individuelle ou sociale. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une société en « difficulté », c'est-à-dire d'une société faisant l'objet d'une procédure collective, l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif institue un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun. En effet, l'action en comblement du passif est soumise à des règles spécifiques tant en ce qui concerne sa mise en œuvre que ses effets.

L'institution de deux régimes de responsabilité aussi distincts est critiquable. Il est, en effet, difficile de comprendre comment deux régimes de responsabilité ayant un fondement identique, à savoir une faute de gestion des dirigeants, peuvent diverger autant, en raison simplement du moment où se pose la question de la responsabilité éventuelle de ceux-ci. L'exigence de cohérence des règles juridiques implique que la sanction des dirigeants fautifs soit exactement la même, quelle que soit la situation de la société.