

## **Action en comblement de passif**

**Cécile Flandrois**

Avocate, docteur en droit

17-01-2013

L'action en comblement de passif, devenue après la loi de sauvegarde l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est encadrée par des règles procédurales strictes eu égard notamment à l'impact financier qu'elle fait peser sur les dirigeants de société ayant fait l'objet d'une procédure collective.

Dans cette espèce, la dirigeante de la société O tentait en cause d'appel d'échapper à toute sanction pécuniaire en invoquant diverses irrégularités procédurales parmi lesquelles son absence de convocation en vue d'être entendue personnellement en chambre du conseil avant tout débat au fond de l'affaire.

Le jugement d'ouverture de la procédure collective de la société O étant antérieur à la loi de sauvegarde, l'action en comblement de passif restait soumise aux dispositions en vigueur au jour du jugement d'ouverture, soit l'article L 624-3 du Code de Commerce. Les textes applicables à la cause imposaient la convocation personnelle du dirigeant en vue de son audition (article R 651-2 du Code de commerce).

La jurisprudence constante (Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-19470) rappelle que la convocation du dirigeant en vue de son audition est un préalable obligatoire. Son absence est de nature à entraîner l'irrecevabilité de l'action en comblement de passif. Cet argument est souvent soulevé en appel une fois le délai de prescription de l'action écoulé. Cet incident est imparable et constitue une fin de non-recevoir entraînant la nullité de l'assignation sans effet dévolutif possible en appel (Cass. com., 26 mars 2006, n° 04-17910 ; 17 février 2009, n° 07-21238).

Dans la présente affaire, la cour d'appel de Lyon, reprenant la jurisprudence constante, rappelle toutefois que la convocation du dirigeant en vue de son audition n'a pas à figurer obligatoirement dans l'acte introductif d'instance et peut être effectuée par acte séparé. La cour rajoute également que ladite convocation peut être signifiée postérieurement à l'expiration du délai de prescription de l'action en comblement de passif.

Ce débat est néanmoins voué à disparaître puisque, alors que la jurisprudence s'était durcie en la matière, le décret du 12 février 2009 (pour les procédures ouvertes à compter du 15 février 2009) a tout simplement fait disparaître cette audition du dirigeant et par voie de conséquence la convocation afférente.

**Bacaly n° 2 - Juillet-Décembre 2012**

La dirigeante poursuivie en comblement de passif a également soulevé une irrecevabilité au titre de l'article L 652-1 du Code de commerce relatif à l'obligation aux dettes sociales issu de la loi de sauvegarde. Il était ainsi évoqué le fait que certaines fautes qui lui étaient reprochées ressortaient du domaine de l'article L 652-1 du Code de commerce et qu'en conséquence aucune action en comblement de passif n'était recevable. Ledit article (abrogé depuis) visait en effet diverses fautes de gestion recoupant pour la plupart de fautes pénales (abus de biens sociaux, cas de banqueroute) et mentionnait que dans les cas qu'il visait, il ne pouvait être fait recours aux dispositions de l'article L 651-2 du Code de commerce (relatif à l'action en comblement de l'insuffisance d'actif). Certains avaient vu dans ce non cumul des articles L 651-2 et L 652-1 du Code de commerce une fin de non-recevoir empêchant d'introduire une action en comblement de passif en présence de fautes listées par l'article L 652-1 du Code de commerce. Les juridictions d'appel n'ont toutefois pas suivi cette position, estimant qu'il était possible de fonder une action à titre principal sur les fautes visées par l'article L 652-1 du Code de commerce et à titre subsidiaire sur celles sanctionnées par l'article L 651-2 du Code de commerce (CA Lyon, 3<sup>e</sup> chambre, 30 septembre 2010, RG 09/06646).

La cour d'appel de Lyon écarte rapidement cette argumentation, rappelant qu'aucune de ces deux dispositions n'était applicable, puisque l'action en comblement de passif restait en l'espèce régie par l'article L 624-3 du Code de commerce, article en vigueur au jour du jugement d'ouverture.

S'agissant des fautes de gestion soumises à la cour, elles sont des plus classiques : absence de déclaration de cessation des paiements dans le délai légal (porté à 45 jours par la loi de sauvegarde), faits d'abus de biens sociaux, absence de comptabilité régulière. Sur ce dernier point le présent arrêt rappelle que tout dirigeant social se doit de mettre en place des outils de gestion fiables lui permettant d'avoir une vision exacte de la situation financière de la société.

Afin de répondre aux conditions posées par la jurisprudence et communes à toute action en responsabilité, la cour a encore pris le soin de lister les fautes qu'elle retenait et de relever l'existence du lien de causalité entre les premières et le préjudice (à savoir l'insuffisance d'actif). Le listing des fautes de gestion retenues est désormais d'autant plus important que la Cour de cassation a, dans un arrêt du 15 décembre 2009 (Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-21906), énoncé que lorsque plusieurs fautes sont relevées, chacune doit être justifiée et l'insuffisance d'actif mise à la charge des dirigeants en lien avec ces dernières. À défaut, il existe un motif de cassation. À la suite de cette décision, la doctrine a estimé que le principe de proportionnalité avait fait son apparition dans le cadre des actions en comblement ou en responsabilité pour insuffisance d'actif. S'agissant du quantum de l'insuffisance d'actif mis à la charge de la dirigeante, la détermination peut s'avérer complexe, la cour a pris le soin de déterminer l'implication de la dirigeante dans la société (puisque plusieurs dirigeants avaient été poursuivis par les organes de la procédure collective) et de se questionner sur le patrimoine de cette dernière afin que la sanction soit adaptée à la gravité des fautes retenues et à la situation personnelle de la dirigeante.

Arrêt commenté :

CA Lyon, 3<sup>e</sup> chambre A, 15 juin 2012, RG 10/08457, JurisData 2012-018378