

## **Faillite personnelle, saisine du ministère public et direction de fait avérée**

**Cécile Flandrois**

Avocat, docteur en droit

17-01-2013

Cet arrêt de la chambre commerciale de la cour d'appel de Lyon rendu en matière de procédures collectives est intéressant à double titre, relatif tout d'abord aux modes de saisine du tribunal et ensuite en ce qu'il rappelle les conditions imposées par la jurisprudence pour qu'une direction de fait soit retenue.

En l'espèce, le ministère public a saisi par voie de requête le tribunal de commerce de la procédure collective aux fins de sanction à l'égard de M<sup>me</sup> F qu'il estimait être dirigeante de fait de la société S. Par ordonnance, le président du tribunal de commerce a fait convoquer l'intéressée par acte d'huissier, assignation qui n'a toutefois pas touché M<sup>me</sup> F puisque n'ayant pas été délivrée à sa dernière adresse connue. M<sup>me</sup> F a toutefois comparu à l'audience aux fins de sanction puisque touchée par la convocation qui lui a été adressée par le greffe du tribunal pour son audition par le juge-commissaire afin de permettre à ce dernier d'établir son rapport sur la sanction envisagée.

M<sup>me</sup> F, qui n'avait en première instance eu communication ni de la requête du ministère public ni de l'assignation délivrée à la requête du tribunal a invoqué en cause d'appel la nullité de l'acte introductif d'instance et la nullité du jugement, espérant ainsi empêcher tout effet dévolutif au bénéfice de la cour.

L'irrégularité ou l'inexistence de l'acte introductif d'instance empêche en effet tout effet dévolutif (Cass. civ. 2, 18 décembre 1996, n° 94-16332). La cour d'appel n'a, dès lors, d'autre choix que de constater cette irrégularité ou inexistence de l'acte introductif d'instance, de prononcer la nullité du jugement déféré, sans pouvoir évoquer l'affaire au fond. Il n'en ira autrement que si l'appelant a conclu à titre principal au fond et uniquement à titre subsidiaire sur la nullité du jugement déféré.

La cour qui a constaté l'absence de régularité de l'assignation qui n'avait pas été délivrée à la dernière adresse connue de l'appelante, fait entraînant *de facto* la nullité de l'assignation au regard de l'article 659 du Code de procédure civile et du jugement déféré, a néanmoins évoqué l'affaire au fond. Elle a en effet estimé que l'acte de saisine du tribunal était aux termes des articles L 653-7, R 653-2 et R 631-4 du Code de commerce non pas l'assignation délivrée au défendeur (qui doit comporter copie de la requête) mais la requête du ministère public.

Cette spécificité des procédures collectives a en conséquence permis à la cour de retenir une saisine régulière du tribunal et ce malgré la nullité de l'assignation. Régularité qui a permis à la cour

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

d'évoquer l'affaire au fond, ce alors que l'appelante condamnée à la faillite personnelle n'avait en première instance pas eu connaissance de l'acte de saisine du tribunal. Il est, dès lors, légitimement possible de s'interroger sur le fait de savoir si cette solution qui aboutit à une violation du contradictoire en première instance ne devrait pas être remise en cause. À ce titre, il sera rappelé que l'un des modes de saisine du tribunal en matière de procédure collective vient en effet d'être déclaré inconstitutionnel (Cons. const., 7 décembre 2012, n° 2012-286 QPC).

Évoquant sur le fond, la cour d'appel de Lyon infirme toutefois le jugement querellé, estimant que la direction de fait de M<sup>me</sup> F n'est pas rapportée. Les sanctions pécuniaires et non pécuniaires sont applicables tant aux dirigeants de droit qu'aux dirigeants de fait.

La jurisprudence se montre particulièrement stricte en vue de retenir l'existence d'une direction de fait (cf. P-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action 2012-2013, n° 921.22). Les actes isolés, s'ils pourront constituer des indices, seront toutefois insuffisants. Usuellement, sont retenus comme justifiant d'une direction de fait : la possession de la signature bancaire (si le dirigeant n'a pas gardé le contrôle des activités ou si le signataire n'est pas salarié), le fait d'avoir engagé, en toute indépendance, la société au niveau financier (signature des lettres de change, prêt, négociation avec les fournisseurs), ou d'un point de vue social (embauche du personnel, licenciement).

En l'espèce, la cour n'a pu que constater la carence du parquet dans la charge de la preuve lui incombant. La cour rappelle tout d'abord que M<sup>me</sup> F n'a jamais reconnu une direction de fait et souligne ensuite que sa participation aux opérations de gestion n'est restée qu'occasionnelle. Aucun élément du dossier ne permettait de démontrer que M<sup>me</sup> F aurait eu la signature bancaire ou encore qu'elle aurait procédé à l'embauche de salariés. La cour conclut, faute de pièces, à l'absence d'acte positif de direction et de gestion en toute indépendance, refusant ainsi de suivre les seules observations formulées par les organes de la procédure collective.

Arrêt commenté :

CA Lyon 3<sup>e</sup> chambre A, 15 juin 2012, n° 10/09058, JurisData 2012-018404