

FICHE n°17 b

Quelle responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif ?

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (RIA), dénommée action en comblement de passif jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, trouve son siège aux articles L. 651-1 et suivants du code de commerce, qui lui donnent un cadre spécifique et pour partie dérogoratoire au droit commun.

1 – L'exercice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

a) Principe de non-cumul de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Lorsqu'une liquidation judiciaire fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des articles L. 651-1 et suivants du code de commerce ne se cumulent pas avec les dispositions du droit commun des sociétés, ni avec les dispositions du droit commun de la responsabilité civile ([Cass. com., 19 nov. 2013, n°12-16.099](#)). Cette solution ancienne était déjà retenue concernant l'action en comblement du passif prévue par les articles 180 et 183 de la loi du 25 janvier 1985 ([Cass. com., 28 févr. 1995, n°92-17.329](#)).

Ce principe de non-cumul est établi, mais son application fait encore l'objet de discussions devant les tribunaux.

La cour d'appel de Paris a ainsi jugé que l'ouverture d'une procédure collective a une incidence sur l'action sociale, car, si l'action prospère, les sommes devront être versées entre les mains du liquidateur pour combler l'insuffisance d'actif. Se référant aux principes d'ordre public qui régissent les procédures collectives, la Cour juge que le liquidateur qui constate une insuffisance d'actif n'a pas de choix et doit engager l'action en responsabilité sur le fondement des articles L. 651-1 et suivants du code de commerce. La Cour rejette en conséquence l'action sociale *ut singuli* qui avait été introduite préalablement à la procédure collective et reprise par le liquidateur (CA Paris, 4 févr. 2021, n° 19/15149).

Enfin, il convient de préciser que le principe du non-cumul ne concerne que l'action introduite sur le fondement du droit des sociétés et du droit commun de la responsabilité civile. En effet, les actions en responsabilité fiscale des articles L. 266 et L. 267 du Livre des procédures fiscales peuvent se cumuler avec les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif ([Cass. com., 5 sept. 2018, n°17-13.626](#)). Par ailleurs, un créancier social est recevable à se constituer partie civile dans le cadre d'un procès pénal engagé à l'encontre du dirigeant d'une société en liquidation judiciaire ayant fait apparaître une insuffisance d'actif ([Cass., crim., 11 mars 2015, n°13-86.155](#)).

b) Dans quels cas ?

Une action applicable uniquement en liquidation judiciaire. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, seule la liquidation judiciaire est visée et cette action suppose donc impérativement qu'une telle procédure ait été ouverte.

c) A l'encontre de qui ?

Le texte de l'article L. 651-2 relatif à l'ARI vise les dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale.

Sont également visés les EIRL (depuis l'ordonnance du 9 décembre 2010). Les entrepreneurs individuels échappaient traditionnellement à cette sanction puisque tout leur patrimoine était réalisé dans l'intérêt des créanciers, mais il en va différemment depuis l'ordonnance du 14 février 2022, entrée en vigueur le 15 mai de la même année, l'article L. 651-1 ayant été modifié à cet effet. Ce qui a donc pour effet de rendre caduque la jurisprudence antérieure refusant d'appliquer l'ARI à un artisan par exemple ([Cass. com., 30 juin 2015, n°14-15.984](#)).

Si l'action ne peut prospérer qu'en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire à l'encontre des personnes précitées, elle peut viser tout dirigeant de droit ou de fait, y compris notamment une personne morale de droit public. Mais également les représentants permanents des dirigeants personnes morales.

i. Dirigeants de droit

Par dirigeant de droit, il faut entendre les organes statutaires de direction c'est-à-dire les gérants de société, les présidents de conseil d'administration mais aussi les administrateurs bien qu'ils n'assument pas la direction générale de la société ([Cass. com., 28 janv. 2004, n°02-16.774](#) ; [Cass. com., 31 mai 2011, n°09-13.975](#)). Il en va de même pour un directeur général délégué dans une SA (Cass. com., 5 mai 2021, n°15-23.575).

En revanche, les membres du conseil de surveillance ([Cass. com., 12 juill. 2005, n°03-14.045](#)) et bien sûr, les associés par exemple, ne sont pas dirigeants de droit ([Cass. com., 12 janv. 2016, n°14-23.359](#)) et il en va de même des préposés comme un directeur technique salarié. Toutefois, ces personnes peuvent être qualifiées de dirigeant de fait.

Il importe peu que ce dirigeant soit ou non rémunéré ([Cass. com. 9 déc. 2020, n°18-24.730](#)). v. toutefois *infra* pour l'appréciation de la faute de gestion d'un dirigeant bénévole d'une association.

Un dirigeant qui n'est plus en fonction au jour de l'ouverture de la procédure, peut voir sa responsabilité recherchée si l'insuffisance d'actif existait à la date de sa cessation de fonctions ([Cass. com., 24 mars 2021, n°20-10.677](#) ; [Cass. com., 24 janv. 2018, n°15-26.810](#)).

Sont également concernées les personnes physiques représentants permanents des dirigeants personnes morales des dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à la liquidation judiciaire.

ii. Dirigeants de fait

Concernant les dirigeants de fait, il est habituellement retenu qu'ils doivent exercer une activité positive et indépendante dans l'administration générale de la société ([Cass. com., 26 juin 2001, n°98-20.115](#)) y compris par personne interposée ([Cass. com., 27 juin 2006, n°04-15.831](#)). En pratique, il s'agit souvent de l'associé non dirigeant de droit d'une EURL, ou encore d'un banquier, d'un franchiseur, d'une collectivité locale (*pour un exemple d'une commune jugée dirigeante de fait d'une association sportive* : [Cass. com., 13 mai 2003, n°01-17.505](#)), ou d'un parent du dirigeant de droit, notamment. Il convient de démontrer que les actes accomplis l'ont été en toute indépendance. Toutefois, le seul fait par exemple d'être associé majoritaire et d'avoir un rôle déterminant lors des assemblées générales ne suffit pas à qualifier la direction de fait ([Cass. com., 30 mai 2006, n°05-14.958](#)).

Quoi qu'il en soit, seuls les dirigeants sont concernés ([Cass. com., 12 janv. 2016, n°14-23.359](#)).

d) Qui peut agir ?

Auteurs de la saisine. Le tribunal est saisi par le liquidateur ou le ministère public (*C. com., art. L. 651-3, al. 1^{er}*). Toutefois, depuis la loi de 2005, il peut également être saisi par la majorité des créanciers contrôleurs, lorsque le liquidateur n'a pas engagé l'action, après une mise en demeure par LRAR de ces derniers restée infructueuse pendant deux mois à compter de sa réception (*C. com., art. L. 651-3, al. 2 ; R. 651-4*). Le texte réglementaire impose toutefois que l'action soit engagée par au moins deux créanciers contrôleurs (*C. com., art. R. 651-4*). Il en résulte que si un seul créancier a été désigné contrôleur, il ne peut engager seul cette action, et si par exemple, ils sont 4, 3 au moins doivent agir. La saisine d'office a été supprimée par la loi de 2005.

e) Comment agir ?

Tribunal compétent. Le tribunal compétent est celui de la procédure collective, c'est-à-dire celui qui a ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire (*C. com., art. R. 651-1*).

Prescription. L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire (*C. com., art. L. 651-2, al. 4*) étant précisé d'une part que le jour du prononcé du jugement n'est pas inclus dans la computation du délai ([Cass. com., 18 janv. 2023, n°21-22.090](#)), et d'autre part, sans considération de la date de commission des fautes de gestion reprochées au dirigeant poursuivi ([Cass. com., 8 avril 2015, n°13-28.512](#)).

Modalités de la saisine. Par application de l'article R. 651-2, le tribunal est saisi, selon le cas, par voie d'assignation ou dans les formes et selon la procédure prévues à l'article R. 631-4.

f) Quelles conditions de fond ?

i. Une faute de gestion mais pas une simple négligence

Le texte vise une faute de gestion. Toutefois, depuis la loi du 9 décembre 2016, la responsabilité du dirigeant de droit ou de fait, ne peut être engagée en cas de « simple négligence ». A titre d'exemple, il a été jugé que l'absence de déclaration de cessation des paiements ne peut s'analyser comme une simple négligence ([Cass. com., 5 févr. 2020, n°18-15.072](#) ; [Cass. com., 3 févr. 2021, n°19-20.004](#)). Toutefois, tout est affaire d'espèce.

ii. Faute de gestion et association

Depuis la loi du 1^{er} juillet 2021, l'article L. 651-2 dispose expressément, que lorsque la liquidation judiciaire concerne une association, le tribunal apprécie la faute de gestion au regard de la qualité de bénévole du dirigeant.

iii. Date de la faute

Seules des fautes de gestion **antérieures au jugement d'ouverture** de la procédure collective peuvent être prises en compte. Ainsi lorsque la liquidation judiciaire d'un débiteur est prononcée au cours ou à l'issue de la période d'observation d'un redressement judiciaire, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut prospérer en raison de fautes commises pendant la période d'observation du redressement judiciaire ([Cass. com., 8 mars 2023, n°21-24.650](#)). En revanche, si la liquidation judiciaire fait suite à la résolution du plan de redressement, s'agissant d'une seconde procédure, une faute commise pendant la période d'observation de la première procédure peut être prise en compte ([Cass. com., 22 janv. 2020, n°18-17.030](#)). A noter que la faute du dirigeant ayant tardé à déclarer la cessation des paiements ne peut exister avant l'expiration du délai de quarante-cinq jours dont il dispose pour procéder à cette déclaration, cette faute, fût-elle établie, ne pouvant contribuer à accroître qu'une insuffisance d'actif née postérieurement à l'expiration de ce délai ([Cass. com., 17 juin 2020, no18-11.737](#)).

iv. Préjudice

Le préjudice est constitué par l'insuffisance d'actif et le tribunal ne peut mettre à la charge du dirigeant l'intégralité du passif, mais seulement l'insuffisance d'actif ([Cass. com., 30 juin 2004, n°03-12.816](#)). Pour autant, l'action en responsabilité peut être initiée même si les opérations de vérification des créances ne sont pas terminées, dès lors que l'insuffisance d'actif est certaine ([Cass. com., 28 janv. 2004, n°01-16.355](#)). Seul le passif antérieur est pris en compte ([Cass. com., 7 oct. 2020, n°19-14.291](#)). L'état de cessation des paiements de la société ne suffit pas à faire la preuve de l'existence d'une insuffisance d'actif ([Cass. com., 24 mai 2018, n°17-10.117](#)). Seules les dettes nées avant le jugement d'ouverture peuvent être prises en compte pour déterminer l'insuffisance d'actif, ce qui n'est donc pas le cas, par exemple, des indemnités de licenciement sauf si elles constituent des dettes nées avant le jugement d'ouverture ([Cass. com., 18 mars 2008, n°02-21.616](#)).

v. Lien de causalité

La faute doit avoir contribué à l'insuffisance d'actif. Ainsi, le jugement qui condamne le dirigeant d'une personne morale à supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif de

celle-ci doit préciser en quoi chaque faute retenue à l'encontre d'un ou de plusieurs dirigeants a contribué à l'insuffisance d'actif ([Cass. com., 17 juin 2020, no18-11.737](#)).

vi. Transaction

Les condamnations en RIA ne peuvent faire l'objet d'une transaction ([Cass. com., 5 nov. 2003, no00-11.876](#)). Toutefois, une transaction est possible avant la condamnation ([Cass. com., 8 mars 2017, n°15-16.005](#)).

vii. Aspects probatoires

Mesures d'investigation. L'alinéa 2 de l'article L. 621-9 du code de commerce, dispose que « *lorsque la désignation d'un technicien est nécessaire, seul le juge-commissaire peut y procéder en vue d'une mission qu'il détermine (...)* ». En pratique, cette mission porte souvent sur la vérification des conditions d'une action en responsabilité. Pour la Cour de cassation, cette mission « *n'est pas une mission d'expertise judiciaire soumise aux règles prévues par le code de procédure civile pour une telle expertise* » ([Cass. com., 22 mars 2016, n°14-19.915](#)). Mais tout en écartant les règles très contraignantes du code de procédure civile, la Haute juridiction a fait évoluer sa jurisprudence dans cet arrêt, en exigeant le respect « *d'un minimum de contradictoire* » (*DP diff. entr., Bull. n° 380, avril 2016, obs. J.-P. Rémerly*). Cette jurisprudence est rappelée dans une QPC : « *il n'existe pas de jurisprudence constante selon laquelle l'article L. 621-9, alinéa 2, du code de commerce serait interprété comme autorisant le technicien désigné par le juge-commissaire à établir et remettre son rapport sans avoir à respecter le principe du contradictoire. En effet, si la Cour de cassation juge que la mission que le juge-commissaire peut confier à un technicien n'est pas une mission d'expertise judiciaire soumise aux règles du code de procédure civile et n'exige donc pas l'observation d'une contradiction permanente dans l'exécution des investigations, elle s'assure de l'association du débiteur ou du dirigeant aux opérations du technicien* » ([Cass. com., 5 oct. 2022, n°22-13.290](#)). En d'autres termes, comme l'avait souligné le Haut conseiller Jean-Pierre Rémerly, en commentant l'arrêt du 22 mars 2016, « *sans aller jusqu'à imposer une contradiction permanente lors de l'exécution des opérations, la Cour de cassation, à la recherche d'un équilibre délicat, impose, désormais, avec l'arrêt commenté, que les intéressés y soient quand même associés, même si elle exclut clairement l'obligation de communiquer un pré-rapport* » (préc.).

Par ailleurs, l'article L. 651-4 permet au président du tribunal, d'office, ou à la demande des personnes pouvant initier l'ARI de charger le juge-commissaire ou, à défaut, un membre de la juridiction qu'il désigne d'obtenir, nonobstant toute disposition législative contraire, **communication de tout document ou information** sur la situation patrimoniale des dirigeants et des représentants permanents des dirigeants personnes morales, ou encore, sur les revenus et le patrimoine non affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, ou sur les revenus et le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel relevant du statut défini par la loi du 14 février 2022, de la part des administrations et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale, des établissements de paiement, des sociétés de financement, des établissements de monnaie électronique et des établissements de crédit. Le juge ainsi désigné peut se faire assister de toute personne de son choix dont les constatations sont consignées dans son rapport qui est déposé au greffe et communiqué par le greffier au ministère public (*C. com., art. R. 651-5, al. 1^{er}*).

2 – Le résultat de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Montant de la condamnation. Proportionnalité. Il s'agit là d'un point important et spécifique. En effet, dès lors qu'ils relèvent plusieurs fautes de gestion, les juges du fond doivent prendre garde à justifier légalement chacune d'entre elles. Faute de quoi, leur décision est censurée ([Cass. com., 15 déc. 2009, n°08-21.906](#)) au nom du principe de proportionnalité. Pour ce qui concerne le montant de la condamnation, les juges du fond l'apprécient souverainement, dans la limite de l'insuffisance d'actif, en tenant compte de la gravité des fautes et de leur incidence sur cette insuffisance d'actif sans que la Cour de cassation contrôle le caractère proportionné de ce montant ([Cass. com., 9 mai 2018, n°16-26.684](#)). Toutefois, le montant de la condamnation ne peut excéder celui de l'insuffisance d'actif tel qu'il est constaté au jour où le juge statue ([Cass. com., 21 janv. 2003, n°01-03.656](#)). Il s'agit donc d'un mode spécifique de réparation du préjudice, par rapport au principe général de réparation intégrale.

Mesures conservatoires. La pratique enseigne un taux de recouvrement faible des condamnations prononcées pour insuffisance d'actif. La possibilité de prendre des mesures conservatoires permet d'améliorer le taux de recouvrement. Ainsi, le président du tribunal peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants permanents afin d'éviter qu'ils organisent leur insolvabilité lorsqu'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif est envisagée. Le texte vise aussi bien les dirigeants ou leurs représentants que les biens de l'EIRL compris dans son patrimoine non affecté ou enfin, les biens droits ou sûretés du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel relevant du statut prévu par la loi du 14 février 2022 (*C. com., art. L. 651-4, al. 2*). Cette disposition déroge à l'article L. 511-1 du code des procédures d'exécution ([Cass. com., 31 mai 2011, n°10-18.472](#)). A noter que le montant des sommes pour la garantie desquelles la mesure conservatoire est ordonnée ne peut excéder le montant de la demande formée à l'encontre du dirigeant ou de l'entrepreneur (*C. com., art. R. 651-5, al. 2*).

Répartition des sommes versées par le dirigeant. Par application du dernier alinéa de l'article L. 651-2, les sommes versées par les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers.

Il est en outre expressément précisé depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 que les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés.

Version 1^{er} janvier 2024