REVUE LAMY

droit des affaires

OCTOBRE 2011

Les pouvoirs du directeur général délégué de SAS
Par Christine LEBEL

Créances non déclarées et droits de la caution
Par Jean-Luc VALLENS

Gestion d'actifs : les principales modifications apportées par l'ordonnance n° 2011-915 du 1er août 2011 et ses décrets d'application
Par Isabelle RIASSETTO

Ventes liées, ventes avec prime, loteries commerciales : le protectionnisme français à l'épreuve du libéralisme communautaire
Par Thierry TITONE et Matthieu DARY

Forfait-jours : sanction du non-respect par l'employeur des stipulations de la convention collective
Par Florence CANUT

ÉTUDES

Le juge du lieu de livraison
Par Christoph Martin RADTKE

La force du secret professionnel face aux perquisitions chez l'avocat
Par Vincent NIORÉ

DOSSIER SPÉCIAL

Le risque pénal de l'entreprise : approche pratique des évolutions actuelles
Par Émilie BAILLY, Pierre-Philippe BOUTRON-MARMION, Julien CHEVAL, Emmanuel DAOUD, Marie DESPLANQUES, Catherine GAMBETTE, César GHRENASSIA, Julie FERRARI et l'équipe d'APCO Worldwide Paris : Nicolas BOUVIER, Elvire KORMANN-ESMEL et Anne KUENTZ-LAFOURCADE

Collection LAMY DROIT DES AFFAIRES

64

Lamy
une marque Wolters Kluwer

LE RISQUE PÉNAL DE L'ENTREPRISE : APPROCHE PRATIQUE DES ÉVOLUTIONS ACTUELLES

INTRODUCTION
Emmanuel DAOUD, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats

LE CHARME DISCRET DE LA GARDE À VUE : ERREMENTS ET AMBIGUÏTÉS DE LA LOI DU 14 AVRIL 2011
César GHRÉNASSIA, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats, Ancien secrétaire de la Conférence

INFORMATIONS ET OUTILS PRATIQUES RELATIFS AUX DIFFÉRENTES ÉTAPES DE LA PROCÉDURE PÉNALE
Julie FERRARI, Avocat associé, VIGO Cabinet d'avocats

LA DÉGÉNÉRESCENCE DE L'ARTICLE 121-2 DU CODE PÉNAL
Emmanuel MERCINIER, Avocat associé, VIGO Cabinet d'avocats, Ancien secrétaire de la Conférence

LES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS : PRINCIPES ET ACTUALITÉS
Marie DESPLANQUES, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats

HARCÈLEMENT MORAL ET JUGE PÉNAL : UN JUGE DE PLUS EN PLUS COURTISÉ
Catherine GAMBETTE, Avocat, VIGO Cabinet d'avocats

LES RISQUES LIÉS À LA CORRUPTION
Pierre-Philippe BOUTRON-MARMION, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats

L'ENTREPRISE FACE AUX RISQUES INFORMATIQUES : LES RÉPONSES DU DROIT PÉNAL
Émilie BAILLY, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats

RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DIRIGEANTS DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ : UN REGRETTABLE *STATU QUO*
Julien CHEVAL, Avocat Associé, VIGO Cabinet d'avocats

RESPONSABILITÉ PÉNALE EN ENTREPRISE ET DOMMAGE DE RÉPUTATION
Par l'équipe d'APCO Worldwide Paris, Cabinet de conseil en affaires publiques et communication stratégique : Nicolas BOUVIER, Directeur général, Anne-Elvire KORMANN-ESMEL, Directrice Conseil, Anne KUENTZ-LAFOURCADE, Consultante

Par Julien CHEVAL
Avocat Associé
VIGO Cabinet d'avocats

Responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise en difficulté : un regrettable *statu quo*

La responsabilité du dirigeant était un point central de la réforme portée par la loi dite de « sauvegarde des entreprises » du 26 juillet 2005, mais sous son aspect civil uniquement. Cela laissait espérer une intervention utile du juge pour se pencher, dans l'esprit de cette réforme, sur l'aspect pénal de la responsabilité du dirigeant d'entreprise en difficulté. Plus de cinq ans après l'entrée en vigueur de la réforme, force est de constater, non sans déception, que cette intervention attendue n'est toujours pas intervenue.

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, entrée en vigueur au 1er janvier 2006, dite « *loi de sauvegarde des entreprises* » a apporté deux évolutions majeures en matière de responsabilité civile pécuniaire des dirigeants de la personne morale soumises à une procédure collective, d'une part en refondant les contours de l'action dite en comblement de passif devenue action en responsabilité pour insuffisance d'actif (C. com., art. L. 651-2) et, d'autre part, en introduisant une action en paiement des dettes sociales (C. com., art. L. 652-1).

Il faut sans aucun doute saluer ces évolutions apportant une modération bienvenue à un régime de responsabilité civile pécuniaire des dirigeants dont il était avéré que la sévérité avait un effet paralysant sur le chef d'entreprise au moment de prendre la difficile mais nécessaire décision de l'entrée en procédure collective. Et ce bien que, notamment, l'articulation des deux actions précitées demeure perfectible (pour un panorama complet sur ce point précis, *cf.* Parachkevova I., La nouvelle responsabilité des dirigeants dans les procédures collectives, révolution ou évolution, LPA 2006, n° 252, p. 4 et suivantes).

Elles mettent cependant en lumière la regrettable absence de modification du régime de la responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise en difficulté. Sur ce plan, la loi du 26 juillet 2005 est en effet apparue comme une « *non-réforme* » (Robaczewski C., La non-réforme des sanctions pénales dans la loi de sauvegarde de l'entreprise, Gaz. Pal., n° spécial 9-10 sept. 2005, p. 48).

Dès lors, commentateurs et praticiens attendaient assez naturellement une intervention de la Cour de cassation pour apporter cette évolution attendue, là où le législateur n'avait pas cru devoir intervenir – c'est l'un des rôles de la Cour de cassation.

La mise en œuvre des responsabilités civile et pénale induisant systématiquement une problématique d'articulation, cette attente était notamment focalisée sur la question, ancienne, de la possibilité du cumul de l'action civile exercée devant la juridiction pénale saisie des infractions du droit de l'entreprise en difficulté – la banqueroute et l'abus de biens sociaux principalement – et de l'action civile exercée devant la juridiction commerciale aux fins d'obtenir la condamnation pécuniaire du dirigeant à combler tout ou partie du passif de la société.

La Cour de cassation allait-elle, à la faveur de l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 traduisant une indéniable volonté du législateur de modérer le régime de la responsabilité du dirigeant, mettre fin à ce cumul ?

Il ne sert à rien de ménager un quelconque suspense : la réponse est négative. Les décisions successives de la Cour de cassation depuis l'entrée en vigueur de la loi confirment toutes la possibilité du cumul (pour une décision récente et largement commentée, Cass. com., 11 févr. 2009, n° 07-88.695). Cela est regrettable.

I. – POSITIONNEMENT DE LA PROBLÉMATIQUE DU CUMUL DES ACTIONS

La problématique du cumul de l'action en responsabilité civile devant le juge pénal et de celle menée devant le juge de la faillite jaillit avec évidence à la simple lecture des textes incriminant les infractions pénales de la procédure collective (banqueroute et abus de bien sociaux essentiellement) et ceux organisant la responsabilité civile pécuniaire du dirigeant. Il en ressort *prima facie* une quasi-identité des comportements incriminés ou engageant la responsabilité civile du dirigeant.

Il sera épargné au lecteur la reprise, ici, des articles L. 654-2 (sur la banqueroute), L. 241-3 et L. 242-6 (abus de biens sociaux dans, respectivement, la SARL et la SA), L. 651-2 (responsabilité pour insuffisance d'actifs, anciennement action en comblement de passif) et L. 652-1 (obligation à la contribution des dettes sociales reprenant quasiment mots pour mots le texte relatif à la faillite personnelle du dirigeant supprimé par la loi du 26 juillet 2005) du Code de commerce.

Tous ont pour point commun de sanctionner des comportements du dirigeant contraires à l'intérêt de la société et de ses partenaires et créanciers ayant conduit, plus ou moins exclusivement, à sa situation gravement obérée, même si ce n'est parfois qu'une partie de leur objet.

S'agissant d'infractions voisines et souvent connexes à celle de banqueroute, comme la présentation de faux bilans ou les faux en écritures, il n'est pas non plus contestable qu'elles répriment également une action contraire à l'intérêt de la société et de ses partenaires destinées *in fine* à masquer la réalité de la situation de la société, si ce n'est avoir causé sa déconfiture.

À cette identité des comportements du dirigeants considérés comme fautifs et engageant sa responsabilité pénale ou civile en la matière s'ajoute l'identité de l'objectif poursuivi par les deux types d'actions (civile devant le juge pénal et civile devant le juge de la faillite).

Dans les deux cas, en effet, c'est la diminution du passif de la société au bénéfice de ses créanciers qui est recherchée. Le mandataire judiciaire se constituant partie civile à l'instance ouverte contre le dirigeant pour des faits de banqueroute poursuit le même objectif que lorsqu'il engage une action aux fins de contribution aux dettes sociales : il entend voir le dirigeant condamné à supporter personnellement une partie du passif de la société.

C'est pourquoi l'idée d'une absence de cumul des actions civiles devant le juge pénal et des actions civiles devant le

juge de la faillite peut s'imposer assez naturellement à l'issue d'une réflexion sur l'articulation des régimes de responsabilité pénale et civile pécuniaire du dirigeant de l'entreprise entrée en procédure collective (sur la question du cumul, *cf.* Rouvière F., Le concours de l'action en comblement de passif et de l'action civile exercée devant la juridiction répressive, RTD com. 2005, p. 529).

Ce n'est pourtant pas la solution retenue par la Cour de cassation, ni avant la réforme du 26 juillet 2005, ni après dans le silence de la loi sur ce point.

Pour les chambres criminelle et commerciale de la Cour de cassation, le cumul est rendu possible par l'absence d'identité de cause entre les actions qui seraient formées, pour l'une devant la juridiction pénale, et pour l'autre devant la juridiction commerciale (Cass. crim., 13 juin 2001, n° 00-86.128 [banqueroute et action en comblement de passif] ; Cass. com., 21 nov. 2001, n° 00-81.938, [abus de biens sociaux et comblement de passif], RJDA 2002/3, n° 287, p. 240), la Cour de cassation ayant qualifié les actions civiles en responsabilité pécuniaire du dirigeant d'« *action civile non répressive* » (Cass. com., 28 févr 1995, n° 92-18.572, JCP E 1995, I, n° 48).

La Cour de cassation réitère fréquemment cette solution lorsqu'elle en a l'occasion (Cass. crim., 10 avr. 2002, n° 01-86.532 ; Cass. crim., 5 févr. 2003, n° 02-82.623 ; Cass. crim., 11 févr. 2009, n° 07-88.695).

C'est donc par le prisme de la cause, notion purement processuelle, que la Cour de cassation a décidé de trancher la question purement pratique du cumul des actions civiles.

Elle semble plus pragmatique dans son approche quant elle rappelle, au motif de l'unicité du préjudice dont la réparation est demandée, que les éventuelles condamnations versées au titre de l'action civile conduite devant la juridiction pénale pourront s'imputer sur celles versées au titre de l'action civile conduite devant le juge commercial en comblement de passif – devenue aujourd'hui action en insuffisance d'actif (Cass. com., 29 févr. 2000, n° 96-15.827, RTD com. 2001, p. 239).

Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation s'est montrée et continue à se montrer totalement insensible à l'esprit de la réforme du 26 juillet 2005, incontestablement emprunt de modération, en maintenant sa position favorable au cumul des actions.

II.– ABSENCE REGRETTABLE D'ÉVOLUTION

Cette position et l'absence totale d'évolution qu'elle induit sont regrettables, d'une part en raison des arguments très forts qui militent en faveur d'une interdiction du cumul des actions, d'autre part en raison de l'incompréhension totale que le cumul des actions nourrit chez les dirigeants d'entreprises, ce qui n'est jamais souhaitable dans le cadre d'une bonne administration de la justice.

Ainsi qu'il a été rappelé *supra*, les définitions des fautes engageant les responsabilités pénale et civile pécuniaire des dirigeants sont quasiment identiques. La finalité des actions civiles devant le juge pénal et la finalité des actions civiles devant le juge commercial sont identiques.

En outre, le législateur a justifié, lors de l'adoption de la loi du 26 juillet 2005, le maintien et la coexistence de deux actions en insuffisance d'actif (anciennement en comblement de passif) et en contribution aux dettes sociales (en remplacement de l'action en faillite personnelle du dirigeant) par leurs finalités distinctes : réparation pour la première et sanction pour la seconde. Et ce alors qu'une partie non négligeable de la doctrine et les praticiens en réclamait le regroupement en une action unique.

> La Cour de cassation s'est montrée et continue à se montrer totalement insensible à l'esprit de la réforme du 26 juillet 2005, incontestablement emprunt de modération, en maintenant sa position favorable au cumul des actions.

Or, la sanction n'est-elle pas le but principal de l'action pénale, qu'elle soit fondée sur l'infraction de banqueroute ou celle d'abus de bien sociaux ?

En cela, il est regrettable que la Cour de cassation ne mette toujours pas fin à cette possibilité de cumul, achevant ainsi la cohérence de l'édifice des responsabilités pénale et civile construit par la loi du 26 juillet 2005.

Et ce d'autant plus que, techniquement, le non-cumul des actions paraît justifié ou à tout le moins justifiable en raison du caractère particulièrement ténu de la distinction entre les causes et objet des actions concernées retenue jusqu'ici par la Cour de cassation pour justifier sa position.

L'action civile portée devant la juridiction pénale saisie d'une infraction d'abus de biens sociaux commise par un dirigeant procède-t-elle d'une cause réellement différente de celle menée devant la juridiction commerciale aux fins de voir le dirigeant condamné à contribuer aux dettes sociales de la société au motif qu'il aurait fait un « *usage des biens ou du crédit de la personne morale à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle le dirigeant à des intérêts directs ou indirects* » (soit l'une des fautes limitativement énumérées par l'article L. 652-1 du Code de commerce instaurant l'action en contribution au paiement des dettes sociales) ?

Cela n'est pour le moins pas évident.

L'intérêt, enfin, de la suppression du cumul, n'est pas uniquement technique – en ce qu'il permettrait de donner une plus grande cohérence à l'ensemble des régimes de responsabilités civile et pénale du dirigeant d'entreprise en difficulté.

Il serait également d'assurer une bonne compréhension par le dirigeant de société des régimes légaux de responsabilité en cas de procédure collective – compréhension de laquelle peut naître l'acceptation.

En effet, le cumul est à peu près incompréhensible pour les dirigeants qui doivent faire face aux deux types d'actions. Il est perçu avant tout comme un acharnement dans la volonté d'une mise à mort professionnelle répressive. Il est d'ailleurs impossible d'expliquer à un dirigeant, pour son conseil, de manière audible, que nonobstant la relaxe dont il a bénéficié dans le cadre d'une instance pénale en banqueroute, il va désormais devoir se défendre devant le juge commercial dans le cadre d'une action du mandataire judiciaire en contribution au paiement des dettes sociales.

Au-delà de ce type de cas paroxystiques, le cumul des actions engendre des frais de défense considérables, difficilement supportables pour le dirigeant d'une société par définition en déconfiture.

Il engendre également des décalages dans le temps absurdes entre la date des faits litigieux et leur appréciation par le juge saisi en second, en raison des inévitables sursis à statuer (qui cependant ne s'imposent pas), notamment si les deux degrés d'instance sont épuisés dans le cadre des deux actions.

Alors, on ne peut qu'appeler de tous nos vœux cette évolution souhaitable vers la suppression du cumul. Celle-ci ne venant toujours pas de la Cour de cassation, peut-être faut-il l'attendre désormais du Conseil constitutionnel qui serait saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la conformité de cette possibilité de cumul d'actions au principe *non bis in idem*. ◆