



# Le devoir de collaboration du chef d'entreprise en liquidation judiciaire

Actualité législative publié le **03/02/2016**, vu **5863 fois**, Auteur : [Laurent LATAPIE Avocat](#)

**Qu'en est il de la faillite personnelle du dirigeant d'une entreprise en liquidation judiciaire pour défaut de collaboration avec les organes de la procédure collective? le mandataire liquidateur n'aurait il pas sa part de responsabilité?**

Il convient de s'intéresser à deux décisions qui ont été rendues, tantôt par la plus Haute Juridiction, dans un arrêt de novembre 2015, et tantôt par une juridiction de fond, pour exemple, et notamment celle du Tribunal de Commerce de Fréjus, dans le Var, qui viennent aborder toutes deux la question très spécifique de la faillite personnelle du dirigeant lorsque son entreprise est en liquidation judiciaire et plus particulièrement concernant la faute relative au manquement de ce dernier quant à l'obligation de coopération du dirigeant au sein de la procédure collective.

L'article L 653-5 du Code du commerce vient sanctionner en son cinquièmement ce nouveau critère, créé par la Loi de 2005, visant à prononcer la faillite personnelle de toute personne mentionnée à l'article L 653-1 contre laquelle a été révélé l'un des faits ci-après et notamment d'avoir, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure collective, fait obstacle à son bon déroulement.

Il est vrai que lorsque l'insuffisance d'actifs est importante au sein de la liquidation judiciaire, il n'est pas rare de voir la responsabilité dudit gérant exposée, tantôt sur le terrain de l'interdiction de gérer, tantôt sur le terrain de la faillite personnelle,

Ces sanctions ayant pour but d'écarter le mauvais gérant de la vie économique,

Tantôt sur le terrain de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs afin que le gérant soit condamné au paiement du passif de la société en liquidation judiciaire,

Il importe à ce titre de rappeler que le mandataire liquidateur a accès, dès l'ouverture de la procédure collective aux fameuses matrices FICOBA bancaires et fiscales permettant à ce dernier d'appréhender l'ensemble des comptes bancaires et fiscalités en ce compris fiscalités foncières des débiteurs et des dirigeants,

Ainsi, le mandataire liquidateur peut envisager une action en responsabilité pour insuffisance d'actif à l'encontre du dirigeant ou gérant en appréhendant ses actifs personnels et donc, par là même son assiette de recouvrabilité,

Ceci étant rappelé, il est vrai que depuis la Loi de 2005 la procédure a changé et ces actions aux fins d'interdiction de gérer ou aux fins de faillite personnelle sont désormais diligentées à la demande du Procureur de la République, qui est le demandeur dans la procédure.

Cependant, il convient de ne jamais oublier qu'en réalité, c'est bel et bien le mandataire judiciaire qui va éclairer, tant le tribunal de commerce que le juge-commissaire et que, surtout, le Procureur de la République, de l'ensemble des éléments qui ont pu déterminer l'éventuelle caractérisation des fautes de gestion commises par le dirigeant auprès du mandataire judiciaire.

Celui-ci les répercutera ou bien attirera l'attention du Procureur sur ces points et ce dernier envisagera alors une sanction à cette fin.

Dans la décision étudiée de la Cour de Cassation, il est question d'une société débitrice mise en redressement judiciaire en juillet 2005, puis bénéficiant d'un plan de continuation le 1<sup>er</sup> juin 2006.

Dans le cadre de ce plan, les associés, les consorts L, avaient cédé leurs parts le 24 juillet 2008 à une nouvelle société, dirigée par Monsieur D et Monsieur M, dirigeants désignés comme tels de la société débitrice.

Cependant, peu de temps après, la société débitrice est malheureusement placée en liquidation judiciaire le 18 juin 2009 et le liquidateur décide in fine d'engager la responsabilité du nouveau dirigeant, Monsieur M, pour insuffisance d'actifs et, également, aux fins de faillite personnelle en sa qualité de dirigeant de droit et quant à Monsieur D, en qualité de dirigeant de fait.

Comme quoi, si le principe de la double peine est impossible en droit pénal, il n'est pas rare de la voir apparaître en droit de l'entreprise en difficulté avec un cumul des sanctions, entre action en responsabilité pour insuffisance d'actif et action aux fins d'interdiction de gérer et de faillite personnelle,

Dans cette procédure en sanction, l'action exposait en sanction à la fois le gérant de droit ainsi que le gérant de fait,

Il convient de rappeler que le dirigeant de fait est désigné comme celui qui exerce en toute indépendance une activité positive et indépendante de direction, de telle sorte que l'attribution d'une telle qualité de dirigeant de fait suppose la constatation de faits précis de nature à caractériser une véritable immixtion dans la gestion de l'entreprise.

Dans cette affaire, le mandataire judiciaire considère dans le cadre de son action que Monsieur D était le seul interlocuteur des salariés, qu'il agissait en toute autonomie, qu'il était seul entré en contact avec le mandataire liquidateur de la société débitrice, qu'il avait adressé un certain nombre de courriels à des clients ainsi qu'au cédant du fonds de commerce, qu'il était destinataire de relevés de banque de la société débitrice, ce qui suffisait pour affirmer qu'il exerçait directement, et aux lieux et places du dirigeant, en toute indépendance, un contrôle effectif et constant de la société.

De même, Monsieur M, le nouveau gérant de ladite société, est également poursuivi au titre d'un certain nombre de fautes de gestion, plus particulièrement au motif pris qu'il avait justement brillé par une certaine abstention fautive au profit du dirigeant de fait, qui aurait géré à sa place, de telle sorte que tout laisserait à penser que le gérant de droit est un gérant de paille.

La Cour de Cassation, à la lueur des explications données, considère que Monsieur D agissait en toute autonomie, qu'il était donc le seul interlocuteur des salariés, qu'il n'était chargé que de la gestion technique de la société débitrice, et qu'il avait donc mis en œuvre de décisions de direction, plus particulièrement dans la mesure où il est intervenu dans le licenciement des salariés ou bien encore qu'il correspondait avec les clients.

Par conséquent, la Haute Juridiction considère qu'il était de bon ton de déduire que ce dernier dirigeait en fait la société,

La Haute juridiction considère également que, par abstention cette fois-ci, le vrai dirigeant de droit, devenu dirigeant de paille, engage également sa responsabilité, puisque, force est de constater que Monsieur M n'avait jamais réellement exercé ses fonctions de dirigeant de droit, qu'il n'avait jamais d'ailleurs eu aucun contact avec les salariés de l'entreprise, de telle sorte que celui-ci avait vocation à être assujéti à une sanction.

La Cour suprême caractérise également la faute de gestion au motif pris que s'il n'y a pas nécessairement de défaut de comptabilité au sens de l'article L 653-5, Sixième, du Code du commerce, il n'en demeure pas moins que c'est en présentant une fausse attestation d'une étude notariale, mentionnant qu'il aurait consigné une somme de 114 000,00 € pour désintéresser les créanciers de la société, que Monsieur D s'est fait remettre par celle-ci, sans contrepartie, une somme de 43 000,00 €, qu'il résulte également des jugements de condamnation pour licenciement abusif, que ce dernier a joué un rôle actif dans les licenciements fautifs de la quasi-totalité du personnel.

Par conséquent, la faute de gestion était bel et bien caractérisée.

La question était également de savoir si, oui ou non, ces fautes de gestion avaient contribué à une insuffisance d'actifs.

La Haute Juridiction rappelle que le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable sur le fondement de l'article L 651-2 du Code du Commerce dès lors que sa faute de gestion a bel et bien contribué à l'insuffisance d'actifs, sans d'ailleurs qu'il soit nécessaire de déterminer quelle part de l'insuffisance d'actifs est imputable à cette faute.

Ainsi, la cour considère que priver la société débitrice de trésorerie et lui imposer des coûts de licenciement indus, est générateur de faute et contribue immanquablement à l'insuffisance d'actifs de la société.

En outre, les faits de l'espèce montraient bien que Monsieur M et Monsieur D avaient bel et bien participé au licenciement abusif de la quasi-totalité du personnel, de telle sorte qu'il y a matière à les condamner solidairement.

Pour autant, c'est la question de la faillite personnelle qui nous occupe ici,

C'est ce point qui entraîne la cassation de la décision en question (Comme quoi, chaque moyen de droit peut se révéler d'importance), la Haute Juridiction considère que pour condamner Monsieur M et Monsieur D à la faillite personnelle, l'arrêt la cour d'appel relevait que Monsieur M n'avait pas répondu à la convocation et aux demandes de renseignements du mandataire liquidateur.

La Haute juridiction considère que la Cour d'appel n'a pu donner de base légale à sa décision en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'absence de la coopération des deux dirigeants avec le liquidateur judiciaire faisant obstacle au bon déroulement de la procédure,

En effet, il apparaissait que Monsieur D s'était présenté au mandataire judiciaire pour fournir toute explication sur la situation de la société et lui avait adressé copie d'une note sur la situation comptable de la société ainsi que sur son redéploiement commercial.

La Cour de cassation considère que si la responsabilité pour insuffisance d'actifs peut être acquise, il n'en demeure pas moins qu'il y a matière à cassation concernant la question spécifique de la faillite personnelle puisque la faute relative à l'absence de coopération du dirigeant au sein de la procédure collective n'est, quant à elle, pas caractérisée.

Dès lors que ce motif n'est pas caractérisé, la Cour précise que, tant bien même la faillite personnelle de chacun des dirigeants serait prononcée en considération de plusieurs faits, la cassation encourue en raison de l'un deux entraîne nécessairement la cassation de l'arrêt de ce seul chef,

Cette cassation concerne la sanction de faillite personnelle des consorts D et M pour une durée de quinze ans, qu'importe que les autres moyens et critères de la faillite personnelle soient remplis,

Ce critère de participation du dirigeant au sein de la procédure collective est par conséquent extrêmement important,

Dans un tout ordre d'idée et sur le même sujet, il convient d'analyser une jurisprudence analogue émanant cette fois d'une juridiction de fond, à savoir le Tribunal de Commerce de Fréjus, en date de novembre 2015, quasiment à la même date d'ailleurs, ou là-encore, il est question d'un dirigeant qui se serait abstenu volontairement de coopérer avec les organes de la procédure, de telle sorte que celui-ci aurait fait obstacle à son bon déroulement.

Dans le cadre de cette procédure varoise aux fins de faillite personnelle, le Procureur de la République dans ses réquisitions, tout comme le mandataire dans son rapport, rappellent que cette société X de maçonnerie générale, placée en liquidation judiciaire par jugement en date du 3 mars 2009 et avait bénéficié d'un plan de redressement le 20 septembre 2010, pour être finalement placée en liquidation judiciaire le 23 mai 2011,

Au sein de la procédure de liquidation judiciaire, ces deux intervenants considéraient que le dirigeant n'avait pas collaboré avec les organes de la procédure collective,

En effet, le mandataire judiciaire avait adressé un courrier recommandé au dirigeant afin que celui-ci communique les bordereaux de cotisation URSSAF, ainsi que les tableaux récapitulatifs pour les années 2010 et 2011, ainsi que la production de bordereaux de cotisation et de tableaux récapitulatifs 2009 et 2010 concernant la PRO BTP.

Or, le courrier adressé en recommandé avec accusé réception était retourné au mandataire judiciaire avec la mention « non-réclamé »,

Sur cette seule base, tant le représentant du Ministère Public que le mandataire judiciaire, avaient considérés que le dirigeant se serait ainsi volontairement abstenu de coopérer avec les organes de la procédure, faisant obstacle à son bon déroulement.

Toutefois, s'il est vrai que l'absence de coopération et de collaboration du dirigeant peut être un motif de sanction, il n'en demeure pas moins que le dirigeant s'est toujours présenté aux organes de la procédure collective lors du redressement judiciaire et du plan de redressement qui s'en est suivi ainsi qu'à l'ouverture de la liquidation judiciaire,

Ce dernier avait été diligent, et avait communiqué tous les éléments de rigueur en sa possession,

Or, le fait de ne pas récupérer un courrier recommandé envoyé par le mandataire liquidateur au dirigeant ne peut être constitutif d'une faute de gestion,

Bien au contraire, il convient de reprendre une lecture claire de l'article L 153-2 du Code du commerce, qui sollicite une abstention volontaire.

De fait, il ne peut y avoir d'abstention volontaire dans l'hypothèse où le courrier n'a pas été réceptionné.

Inversement, si le courrier avait été réceptionné, et si le dirigeant n'avait pas donné suite, il aurait caractérisé l'abstention volontaire,

Ce qui ne peut être le cas en cas d'un courrier non réclamé, surtout si celui-ci a été adressé au siège de l'entreprise en liquidation judiciaire ou il n'y a plus d'activité et donc plus personne...

De plus, il doit être également démontré que cette abstention volontaire ait fait obstacle au bon déroulement de la procédure collective.

Là-encore, il n'y a strictement aucun élément laissant à penser que le Procureur de la République ou le mandataire judiciaire aient rencontré des obstacles de par le silence du dirigeant.

Il ne suffit pas de dire que le dirigeant a disparu pour considérer que ce dernier s'est abstenu de coopérer avec les organes de la procédure collective.

Il convient au contraire au Procureur de la République de démontrer que le gérant a été valablement touché et que, par conséquent, il aurait en parfaite connaissance de cause refusé de coopérer avec les organes de la procédure collective.

Dans le cas qui nous occupe, ce n'est nullement le cas, le dirigeant n'a simplement pas récupéré son recommandé et cela ne peut valablement caractériser une faute de gestion.

Le tribunal de commerce de Fréjus a fait droit à cette argumentation et a débouté le Procureur de la République de toute faillite personnelle du dirigeant sur cette base,

Il est vrai que l'infraction n'était absolument pas caractérisée dans les deux rapports, ni par le Procureur de la République, ni par le mandataire judiciaire,

Il convient également de rappeler que « les habitudes ont la vie dure » chez certains mandataires judiciaires, qui ont coutume de rappeler au dirigeant qu'il est dessaisi de ses droits et biens, que sa société est en liquidation judiciaire et que seul le liquidateur, ce qui n'est pas forcément faux, représente l'ensemble des intérêts collectifs des créanciers et a vocation à assurer toutes les phases liquidatives.

Par un tel discours, le mandataire liquidateur exclut de facto le dirigeant du sort de la liquidation judiciaire de son entreprise,

Ceci d'autant plus que le mandataire judiciaire ne prend nullement soin dans ses différentes correspondances de rappeler au dirigeant que son défaut de réponse et de collaboration serait source de sanction.

Inversement, il ne me semble pas vain d'imaginer reprocher au mandataire judiciaire de ne pas faire lui-même preuve de coopération car il est vrai que ce dernier n'informe pas toujours le dirigeant de sa présence obligatoire dans le cadre du déroulement de la procédure collective et du rôle actif qu'il peut jouer,

Il prend l'ensemble des mesures sans forcément rendre compte au dirigeant.

L'un des exemples les plus criant est notamment l'absence totale de communication de la fiche comptable de la procédure collective, et ce sans parler de certains mandataires judiciaires qui se gardent bien de porter quelque réponse que ce soit aux courriers émanant des dirigeants qui justement les interrogent justement sur le sort de la procédure collective.

Dès lors, il est alors malvenu tant pour le mandataire judiciaire que pour le Procureur de la République de venir chercher le dirigeant en sanction au motif pris de défaut de collaboration, alors que bien souvent, le mandataire judiciaire rappelle justement au débiteur qu'il va désormais assurer l'ensemble du déroulement de la procédure collective, en écartant dans les faits le dirigeant, qui n'a plus son mot à dire au sein de la procédure collective.

Il convient surtout de rappeler que si les représentants du Ministère Public ont la fâcheuse tendance à engager des actions en sanction, faillite personnelle ou interdiction de gérer, il n'en demeure pas qu'il appartient à ces derniers, non pas de « présumer de la responsabilité automatique » du dirigeant, mais bel et bien de caractériser cette responsabilité par de véritables démonstrations suivant lesquels lesdits critères seraient remplis,

De même, il appartient au dirigeant de combattre ces actions en responsabilité pour insuffisance d'actif, en interdiction de gérer, ou en faillite personnelle pour ne pas se retrouver à supporter le passif de la liquidation judiciaire et pour ne pas se faire écarter de la vie économique,