

Exemplarité ou subsidiarité du droit commun ?

A. Danis-Fatôme, Regards d'une civiliste sur l'articulation entre le droit spécial de la responsabilité pour insuffisance d'actif et le droit commun de la responsabilité civile, RTD com. 2018. 23

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Le droit commun doit-il être un modèle nécessaire pour les droits spéciaux ou bien doit-il seulement combler les vides laissés par les dispositions spécifiques ? Exemple ou subsidiaire, telle est la question. C'est le problème aussi récurrent que classique de la place que le droit civil doit trouver aux côtés de ses frères et sœurs plus ou moins envahissants.

Pour Anne Danis-Fatôme, le droit commun de la responsabilité civile doit rester pertinent pour régir le domaine spécial de l'action en comblement de passif. En somme, il doit faire valoir son droit d'aînesse.

On rappellera que l'action en comblement de passif est une spécificité du droit des procédures collectives, autrefois les faillites. Créée en 1940, l'action en comblement a subi plusieurs refontes (1985, 2006 et 2016) qui n'ont pas altéré sa fonction, à savoir permettre la condamnation du dirigeant fautif à combler l'insuffisance d'actif. L'action apporte alors une limite à la séparation des patrimoines personnel et social puisque le dirigeant peut être tenu sur ses deniers propres à combler tout ou partie du passif de la société.

L'enjeu de la question tient au cumul des actions. Si le droit commun est un modèle, il reste en tout état de cause pertinent. Le droit commun s'ajoute au droit spécial. En revanche, si le droit commun est résiduel, il n'est appelé à jouer que dans les vides laissés par le droit spécial.

Depuis 1995, la jurisprudence a décidé que l'action en comblement de passif déroge au droit commun. Cette solution et les justifications doctrinales qui l'accompagnent paraissent critiquables à Anne Danis-Fatôme pour diverses raisons.

D'abord, l'auteur pointe que si le droit commun n'a pas vocation à se substituer au droit spécial, il doit bien le compléter (p. 26). Cette fonction plaide alors pour le cumul des actions, quoi qu'en disent les juges.

Ensuite, contrairement à ce qui est soutenu parfois en doctrine, l'action en comblement n'est pas punitive mais indemnitaire. Le juge de la faillite peut certes déroger au principe de la réparation intégrale mais jamais à la hausse et toujours à la baisse. Ainsi, nous sommes toujours selon l'auteur dans le giron de la responsabilité civile de droit commun puisque l'action est bien indemnitaire (p. 36).

De même, l'éviction du droit commun laisserait certains préjudices non réparés, celui que les créanciers subissent du fait de l'insuffisance d'actif (p. 36). Le droit commun doit alors s'appliquer au soutien du droit spécial.

En outre, le retour au droit commun se manifeste encore à de nombreuses occasions. Lorsque la faute de gestion est aussi une faute pénale, les juges appliquent alors logiquement le droit civil à l'action civile couplée avec l'action publique. Dans la même logique, l'action spéciale en responsabilité pour dettes fiscales se cumule avec l'action pour insuffisance d'actif.

Enfin, et surtout, l'action en comblement tire sa structure du fameux triptyque « faute-dommage-lien de causalité » (p. 46). Nous baignons alors pour ainsi dire en plein droit commun. D'où la conclusion de l'auteur selon laquelle la

fonction de réparation demeurant, le juge devrait revenir au cumul des actions.

Nous ne reviendrons pas ici sur la critique technique des solutions de droit positif mais plutôt sur les arguments avancés par Anne Danis-Fatôme dans sa contribution. Pour des raisons d'intelligibilité de nos propres développements, nous répondrons à rebours, c'est-à-dire en partant du dernier argument qu'elle expose pour finir par le premier.

L'idée de droit commun semble affectée d'un grave paradoxe. C'est un droit qui sert de modèle mais dont le territoire est sans cesse dévoré par les droits spéciaux ce qui ne lui laisse que de maigres interstices pour s'appliquer. Anne Danis-Fatôme est pleinement consciente de ce paradoxe auquel elle fait maintes allusions (p. 28, 34, 37 et 52).

Cependant, le paradoxe se dissipe si l'on raisonne sur le problème de la hiérarchie des catégories juridiques (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 2016, p. 125). Le cumul des actions découle de façon générale du cumul de la mise en œuvre des concepts. C'est ainsi qu'il ne paraît pas aberrant d'être à la fois commerçant et marié. Ce cumul se comprend car les catégories sont *indépendantes* l'une à l'égard de l'autre, c'est-à-dire ne comportent aucun lien inférentiel. Pour le dire plus simplement, on ne peut déduire du fait qu'une personne soit mariée qu'elle doit être également commerçante et *vice-versa*. Par ailleurs, le cumul peut aussi s'expliquer par la *hiérarchie* des catégories. Tout contrat spécial relève en même temps de son genre, c'est-à-dire le contrat. À la différence de l'hypothèse précédente, il y a ici une inférence nécessaire : toute vente, tout mandat, tout bail sont nécessairement des contrats, sans que l'inférence inverse soit vraie.

Dans les deux hypothèses, le droit commun a une fonction complétive mais elle n'a pas chaque fois la même portée. Dans le cas des catégories *indépendantes*, le droit commun vise à fixer le droit dans un domaine qui échappe par principe au droit spécial. Le droit commercial ne peut décider qui est marié ou ne l'est pas, c'est un pur problème de droit civil. Dans le cas des catégories *hiérarchisées*, le droit commun a une fonction seulement subsidiaire : il ne joue qu'à défaut de qualification spéciale. Ainsi, l'erreur dans le contrat de transaction est régie par des dispositions propres ce qui n'est pas le cas du contrat de vente qui obéit en la matière au droit commun du contrat.

Si l'action en comblement de passif, est structurée par le triptyque classique « faute-lien de causalité-dommage » c'est qu'elle relève de l'hypothèse des catégories hiérarchisées (il existe un genre commun). La dérogation peut se mettre en place lorsqu'un élément est ajouté au genre commun. C'est une loi générale des définitions : chaque fois qu'un élément constitutif est ajouté à un concept (sa « compréhension » augmente) les objets auxquels ils s'appliquent se trouvent être en nombre restreint (son « extension » se réduit). S'il existe moins de caniches que de chiens c'est simplement parce que l'une des catégories est plus compréhensive (plus large).

Appliquée à notre problème cette logique explique que pour déclencher l'action en comblement, il faut une faute de gestion qui ne peut consister depuis 2016 en une simple négligence. Le concept de faute est ici plus étroit, c'est une sous-distinction au sein de son genre. Le préjudice lui-même est spécifique : c'est uniquement l'insuffisance d'actif. Le lien de causalité obéit enfin forcément à l'équivalence des conditions (et non à la causalité adéquate) puisque la faute doit seulement avoir contribué à l'insuffisance d'actif. La dérogation est plus discutable mais significative.

L'argument de l'identité de structure ne prouve donc pas l'application du droit commun mais seulement la présence de catégories hiérarchisées. La dérogation pure et simple pour le même préjudice (insuffisance d'actif) paraît alors pleinement justifiée.

Par ailleurs, le retour au droit commun que voit l'auteur en matière pénale s'explique par l'existence même de l'infraction pénale qui constitue en même temps une faute civile de droit commun. En revanche, le cumul de l'action pour dettes fiscales signe un retour à la logique des catégories hiérarchisées. Bref, au sein de la catégorie générale du dommage se trouve l'insuffisance d'actif et au sein de celle-ci se trouvent les dettes fiscales par une espèce de jeu de poupées russes.

Dès lors, il paraît difficile d'arguer de préjudices non réparés par l'action en comblement si le but de l'action est bien de se limiter à l'insuffisance d'actif. Soutenir le contraire, c'est supposer que le droit spécial n'aurait jamais dû être créé. Son régime est effectivement plus clément : le juge de la faillite n'est pas tenu par le principe de réparation intégrale alors que le juge pénal doit appliquer le droit civil dans toute sa rigueur en raison du versant civil de la faute pénale. Et ceci explique que les sommes versées devant le juge pénal doivent se déduire de celles que pourra fixer le juge de la faillite.

Ainsi s'éclaire le caractère indemnitaire de l'action en comblement, nécessairement plus limité puisque le principe de la réparation intégrale n'est pas applicable. Cumuler droit civil et droit de la faillite reviendrait à anéantir cette dérogation.

L'articulation entre le droit spécial de la responsabilité pour insuffisance d'actif et le droit commun de la responsabilité obéit alors à cette logique tirée des solutions positives. Cette articulation est une construction doctrinale en perpétuelle évolution. Elle vise à rationaliser (ici : rendre cohérent) un ensemble de solutions disparates et spontanément contradictoires puisqu'inspirées par des objectifs et des politiques différentes (réparer, punir mais aussi développer l'économie et favoriser l'esprit d'entreprise). Les concepts juridiques ont ici une véritable fonction d'intégration des solutions au sein de systèmes rationalisés d'argumentation. Cette rationalisation n'implique pas seulement la cohérence des énoncés juridiques entre eux, mais encore un usage clarifié des catégories méthodologiques comme celle du droit commun. Sans nul doute, le cas ici examiné est parfaitement illustratif de cette réalité. La structuration des concepts juridiques obéit à de véritables règles de construction qui visent à optimiser la cohérence entre les données positives du droit (prémises de l'argumentation) et les solutions défendues. Dans cette voie, le droit commun apparaît comme nécessairement complétif sans être toujours subsidiaire. La structure des catégories (hiérarchisées ou indépendantes) commande la façon de justifier et d'articuler les solutions.