

CORRIGÉ

PLAN DÉTAILLÉ

INTRODUCTION

Afin de traiter ce sujet, les étudiants devaient dans l'introduction préciser que les dirigeants sont ceux qui représentent les sociétés personnes morales et qu'ils agissent en leur nom et pour leur compte. Les dirigeants sont donc ceux qui sont investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la personne morale. Autrement dit, les dirigeants sont les représentants légaux des sociétés, l'analyse contractuelle fondée sur le mandat ayant perdu, pour le moment, beaucoup de son attrait et de son intérêt.

Au titre de ce pouvoir de représentation, les dirigeants sont investis d'un pouvoir de décision et de gestion qui s'exerce au quotidien. Tout dirigeant est ainsi susceptible de commettre un jour une faute dont il pourrait être rendu responsable. L'actuelle crise financière ainsi que les sanctions prononcées contre les dirigeants en matière d'entreprises en difficulté illustrent parfaitement cet état de fait.

Le traitement de ce sujet nécessitait au préalable de définir et cerner trois mots.

- **Responsabilité** : la responsabilité signifie que le dirigeant répond de ses actes. L'utilisation du singulier révélait aux étudiants que le sujet devait être traité dans son ensemble. Ainsi, le dirigeant est susceptible de voir sa responsabilité engagée sur plusieurs fondements juridiques qui peuvent se cumuler.

- **Dirigeants** : il fallait préciser qu'un dirigeant est une personne physique ou morale, qui a été régulièrement nommée, qui a accepté les fonctions et dont la nomination a été publiée. Auquel cas il s'agit d'un dirigeant de droit.

Mais il peut s'agir aussi d'un dirigeant de fait, c'est-à-dire d'une personne qui exerce une activité positive et effective de direction en toute autonomie et indépendance, par exemple un actionnaire majoritaire ou un établissement de crédit qui s'imisce dans la gestion de la société personne morale.

• **Sociétés** : il fallait préciser qu'étaient concernées les sociétés immatriculées, qu'elles aient une activité civile ou commerciale. Étaient donc exclus les associations, les groupements d'intérêt économique...

Enfin, il devait être précisé qu'un dirigeant peut voir engager sa responsabilité tant à l'égard de la société et des associés que des tiers.

Dans notre société, et avec en contrepoint le phénomène de la mondialisation, il pouvait être intéressant de se demander quelle était l'étendue de la responsabilité des dirigeants de société, et ce d'autant plus qu'elle est souvent présentée comme étant excessive.

Pour ce faire, il était possible de déterminer dans un premier temps les différents types de responsabilités que peuvent encourir les dirigeants (I) avant d'étudier les limites existantes à la mise en œuvre de celles-ci (II).

I. TYPOLOGIE DES RESPONSABILITÉS

Une distinction nécessaire devait être effectuée entre la société in bonis (c'est-à-dire en bonne santé financière) et la société en difficulté, c'est-à-dire en état de cessation des paiements.

A. Les responsabilités dans les sociétés in bonis

Dans ce contexte, un dirigeant est susceptible de voir sa responsabilité engagée sur trois fondements juridiques différents : fondement civil (1), pénal (2) et fiscal (3).

1. La responsabilité civile

Sa mise en œuvre suppose la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Son fondement textuel sera différent selon que l'action en responsabilité est mise en œuvre au nom de la société, des associés ou des tiers. Quand elle est mise en œuvre par des tiers, la responsabilité repose sur les textes de droit commun (article 1382 du Code civil), faute d'existence d'un contrat entre les associés et les dirigeants. A l'inverse, quand il s'agit d'une action au nom de la société ou qu'elle est intentée par des associés, les textes de références figurent dans le Code civil (art. 1850) et dans le Code de commerce (art. L. 223-22 et L. 225-251).

Un dirigeant est civilement responsable de la violation des dispositions légales, réglementaires et statutaires, ainsi que de certains actes péri-statutaires (chartes, règlement intérieur...). Il en va ainsi par exemple du dirigeant qui ne respecte pas une clause statutaire limitative de pouvoirs.

Il est aussi responsable en cas de faute de gestion, dont un des critères est le respect de l'intérêt social...

Elle peut être mise en œuvre de deux manières :

- sous la forme d'une action sociale : il s'agit soit de l'action sociale *ut universi* si elle est mise en œuvre par le dirigeant de la société, ce qui signifie que le nouveau dirigeant se retourne contre l'ancien dirigeant révoqué ou démissionnaire, soit de l'action sociale *ut singuli* mise en place par les associés au nom de la personne morale, sachant que dans certaines sociétés l'exercice d'une telle action est subordonné à la détention d'un pourcentage de capital social minimum (10 % dans la SARL et 5 % dans la SA par exemple). Dans cette hypothèse, seule la société sera indemnisée ;
- sous la forme d'une action personnelle mise en œuvre par les associés ou les tiers lorsqu'ils ont subi un préjudice personnel à raison de la faute du dirigeant. Dans cette hypothèse, seuls ceux qui agissent seront indemnisés.

2. La responsabilité pénale

La responsabilité pénale des dirigeants de société peut être mise en œuvre sur une multiplicité de fondements juridiques.

Il était possible d'évoquer l'abus de bien social et/ou l'abus de confiance, le délit de distribution de dividendes fictifs...

Un autre exemple pouvait être pris, celui des délits boursiers : délits d'initiés, délit de communication d'information fausse ou trompeuse, délit de manipulation de cours...

Il fallait rappeler que l'abus de bien social ne concerne que certaines sociétés (sociétés de capitaux et SARL) et que l'abus de confiance concerne les autres types de sociétés (société civile, société en nom collectif...).

L'abus de bien social est défini comme le fait de faire un acte d'usage des biens de la société à des fins personnelles contrairement à l'intérêt social, et sciemment.

Peuvent constituer des abus de biens sociaux le fait de faire payer par la société ses dépenses personnelles, de se faire octroyer sans aucune raison un golden parachute...

Il est sanctionné de 5 ans de prison et de 375 000 euros d'amendes, auquel il faut rajouter d'éventuelles interdictions.

3. La responsabilité fiscale

Au titre des articles 266 et 267 du livre des procédures fiscales, un dirigeant de société peut voir engager sa responsabilité personnelle en cas de manœuvres frauduleuses ou d'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société.

Le dirigeant peut être condamné à payer tout ou partie des dettes fiscales de la société dont il a négligé le règlement.

B. Les responsabilités dans les sociétés en difficulté

Il fallait préciser que dès lors qu'une société fait l'objet d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire, un régime spécifique de responsabilité se met en place, qui prime les hypothèses de responsabilité dans la société *in bonis*. Il s'agit d'une responsabilité aggravée.

Afin de différencier le sort de l'homme de l'entreprise, le législateur a créé une responsabilité spécifique qui repose sur la *summa divisio* opposant responsabilité civile et pénale.

1. Les responsabilités civiles

Le législateur a prévu deux types de sanctions pouvant se cumuler, même si l'on assiste aujourd'hui à un assouplissement de la responsabilité des dirigeants de société en difficulté.

Doivent être différenciées les sanctions d'élimination et les sanctions patrimoniales.

- a. Les sanctions d'élimination recouvrent deux sanctions aux effets différents : la faillite personnelle et l'interdiction de gérer.

1°) La faillite personnelle est le fait d'être interdit de gérer, diriger, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale, ce qui vise les associations, même sans but lucratif.

Le législateur en a déterminé les cas d'application et sa durée ne peut excéder 15 années.

2°) L'interdiction de gérer est identique à la faillite personnelle, sauf que le juge pourra choisir les entreprises dans lesquelles le dirigeant sera interdit de diriger.

- b. Les sanctions patrimoniales recouvraient, jusqu'à l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et l'obligation aux dettes sociales.

Ladite ordonnance est venue supprimer l'obligation aux dettes sociales dans la mesure où en pratique elle faisait double emploi avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut être exercée qu'en cas de liquidation judiciaire et à condition que l'un des cas prévus par le législateur existe.

Elle a un objet indemnitaire destiné à améliorer le paiement des créanciers de la société en difficulté.

2. Les responsabilités pénales

Il existe une sanction principale, la banqueroute, qui ne peut être mise en œuvre que dans les cas visés par le législateur et qui permet de sanctionner le dirigeant de 5 ans de prison et 75 000 euros d'amende.

Elle vise le chef d'entreprise qui s'est rendu coupable de malversations dans le but d'éviter ou de différer l'ouverture d'une procédure collective.

Elle absorbe les délits spéciaux du droit des affaires, dont les éléments constitutifs seraient identiques.

Il existe également plusieurs infractions pénales spécifiques, telles que le fait d'effectuer des paiements irréguliers : par exemple de payer en tout ou partie, sans l'autorisation du juge-commissaire, une dette née antérieurement à la décision d'ouverture de la procédure...

II. LES LIMITES À LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉS

La principale limite à la responsabilité des dirigeants de sociétés repose sur le fait que les dirigeants agissent au nom et pour le compte de la personne morale, ce qui signifie que la personne morale est principalement responsable des actes commis par son ou ses dirigeants (A).

Dans le même temps, tant les juges que la pratique sont venus créer des limites, des obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés (B).

A. La responsabilité de la personne morale à l'égard des tiers

En matière civile, le principe est clairement posé de la responsabilité de la personne morale dès lors que le dirigeant a agi dans l'exercice de ses fonctions, notamment à l'égard des tiers.

En matière pénale, la loi Perben II du 9 mars 2004 est venue généraliser le principe de la responsabilité pénale de la personne morale, ce qui devrait permettre de retenir moins souvent la responsabilité des dirigeants.

Toutefois, le législateur prévoit expressément le principe du cumul de responsabilité pénale de la personne morale et du dirigeant.

Une circulaire du 23 février 2006 incite en cas d'infraction intentionnelle, à poursuivre à la fois la personne physique, auteur ou complice des faits, et la personne morale, dès lors que les faits ont été commis pour son compte par un de ses organes ou représentants.

En cas d'infraction non intentionnelle ou de nature technique (simple inobservation d'une réglementation particulière par exemple), les poursuites contre la seule personne morale doivent être privilégiées, et la responsabilité pénale de la personne physique ne pourra être engagée que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre.

B. De quelques exemples de limites spécifiques à la responsabilité civile

Plusieurs notions permettent de démontrer que la responsabilité des dirigeants de sociétés peut être considérée comme étant plus virtuelle que réelle dès lors que la société n'est pas en état de cessation des paiements.

1. L'exigence d'une faute personnelle et détachable des fonctions à l'égard des tiers

A l'égard des tiers, la Cour de cassation a posé le principe de l'exigence d'une faute personnelle et détachable des fonctions pour que le dirigeant soit personnellement tenu responsable, sauf preuve d'une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

Il en va ainsi du dirigeant qui escompte deux fois la même créance, qui commet des actes de concurrence déloyale ou qui loue un véhicule au bénéfice d'un salarié alors qu'il sait que la société a cessé de payer les primes d'assurances sans souscrire un contrat d'assurance pour l'occasion... Or dans la pratique, rares sont les dirigeants qui commettent ce type de faute. Ils bénéficient ainsi d'une zone d'irresponsabilité que les tiers tentent de contourner en agissant devant le juge pénal qui ne tient pas compte de l'existence ou non d'une faute personnelle et détachable des fonctions du dirigeant.

2. L'exigence d'un préjudice personnel et distinct à l'égard des associés ou des actionnaires

La Cour de cassation a imposé la preuve par ceux-ci d'un préjudice personnel et distinct de celui de la société personne morale. Il en va ainsi en cas de surévaluation des apports (Cass. com. 28 juin 2005).

Mais cette exigence pose davantage de problème en matière d'abus de bien social ou de perte de valeur du cours des actions des actionnaires.

Ainsi, en matière d'abus de bien social, il est de jurisprudence constante que les actionnaires ne subissent pas un préjudice personnel et distinct de celui de la société (par exemple Cass. crim., 13 septembre 2006).

En matière de perte des valeurs des actions, il faut noter une jurisprudence favorable aux actionnaires en matière de délits d'initiés, de diffusion d'information fausse ou trompeuse, de présentation de comptes infidèles ou inexacts.

Ainsi, plusieurs décisions dans les affaires Sidel (T. corr., 12 septembre 2006 et CA Paris, 31 octobre 2008) et Régina Rubens (T. corr., 22 janvier 2007 et CA Paris, 14 septembre 2007) sont venues admettre un préjudice personnel et distinct des actionnaires en cas de perte de valeur des actions sur le fondement de diffusion d'information fausse ou trompeuse et/ou de présentation de comptes infidèles ou inexacts pour perte d'une chance d'arbitrer : si les actionnaires avaient connu ces faits, ils n'auraient pas acheté les actions ou n'auraient pas renforcé leur position ou auraient revendu les actions détenues.

Mais le principe reste bien celui de l'absence de préjudice personnel et distinct des associés ou actionnaires en cas de perte de valeur des actions.

3. L'existence d'une délégation de pouvoirs

La pratique recommande également aux dirigeants de savoir de déléguer leurs pouvoirs, et ce dans un double objectif : améliorer et optimiser la gestion de la société, un dirigeant ne pouvant pas tout faire seul ; diminuer la responsabilité du dirigeant.

Pour ce faire encore faut-il que la délégation de pouvoirs soit précise quant à son contenu, que le délégataire l'ait acceptée, qu'il soit pourvu de l'autorité nécessaire, de la compétence et des moyens nécessaires et qu'il exerce les pouvoirs délégués en toute autonomie.

Si ces conditions sont remplies, et à condition que le délégant ne s'immisce pas dans la mission du délégataire, la délégation de pouvoirs exonérera en principe de toute responsabilité le dirigeant de la société.

Toutefois, le dirigeant conserve toujours une obligation de surveillance à l'égard du délégué qu'il choisit, et doit prendre les mesures qui s'imposent s'il est informé d'agissements répréhensibles du délégué. Auquel cas, le délégant demeure responsable. Il le reste également s'il a personnellement participé à la commission d'une infraction.

CONCLUSION

Il existe un réel risque juridique pour un dirigeant de voir sa responsabilité mise en œuvre.

Mais la pratique montre que la responsabilité civile des dirigeants n'est réellement mise en œuvre qu'en matière d'entreprise en difficulté et beaucoup plus rarement en matière d'entreprise *in bonis*.

Le risque de responsabilité pénale est quant à lui réel, et ce pour plusieurs raisons : le risque pénal n'est pas assurable ; la tendance lourde pour les tiers, les actionnaires, est de déposer plainte et de se constituer partie civile, instrumentalisant ainsi l'action pénale. Toutefois, cela ne signifie pas que l'abus de biens sociaux soit un risque systémique pour les dirigeants comme ont pu l'énoncer des politiques...

Sans doute serait-il préférable de toiletter, voire de réformer, le droit français des sociétés en tenant compte des dérives, des obstacles rencontrés lors de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de société, sans pour autant tomber dans une sur-responsabilisation des dirigeants au risque de ne pas rendre attractif le droit français dans le cadre de la mondialisation...