

Responsabilité des organes de la société et de surveillance en Europe : réflexions issues d'études de cas relatifs à la responsabilité des organes exécutifs en France

Autor(en): **Djehane, Youssef**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **124 (2005)**

PDF erstellt am: **23.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895777>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Responsabilité des organes de la société et de surveillance en Europe: réflexions issues d'études de cas relatifs à la responsabilité des organes exécutifs en France

YOUSSEF DJEHANE*

I. Remarques introductives

Avant d'entamer une analyse de la responsabilité des organes exécutifs en France quelques remarques introductives s'imposent tant sur les personnes concernées que sur la nature de la responsabilité.

1. *Les personnes concernées*

a) Distinction entre les organes exécutifs et les mandataires sociaux

Les organes exécutifs, c'est-à-dire les dirigeants de la société, ne se confondent pas totalement avec les mandataires sociaux. Les mandataires sociaux sont les administrateurs, le président du conseil d'administration, le ou les directeurs généraux, les membres du conseil de surveillance, le président du conseil de surveillance, les membres du directoire et le président du directoire. Parmi les mandataires sociaux, le président directeur général de SA ou le directeur général de SA, ou le ou les directeurs généraux délégués, et les membres du directoire, y compris son président, sont les organes exécutifs de la société et ont des responsabilités plus importantes que les simples administrateurs ou membres du conseil de surveillance.

b) Distinction entre les organes exécutifs et les salariés (cadres dirigeants)

La responsabilité des organes exécutifs est distincte de celle des salariés (y compris les directeurs salariés). En effet, en vertu de l'article 1384 du Code

* Avocat, associé, Gide Loyrette Nouel, Paris.

civil, l'employeur est responsable des agissements de ses salariés. Les tribunaux ne rejettent la responsabilité de l'employeur que si le salarié a agi sans autorisation, en dehors de ses fonctions et pour des motifs qui y sont étrangers, dans des circonstances ne permettant pas à l'employeur de contrôler ses agissements. En cas de cumul des fonctions de salarié et de mandataire social (dirigeant), cumul qui n'est possible qu'en cas de fonctions bien distinctes, la responsabilité des salariés s'appliquera aux fonctions de salarié, et la responsabilité des mandataires sociaux aux fonctions de mandataire social.

c) Distinction entre les organes sociaux et la société elle-même

La responsabilité des organes exécutifs est distincte de celle de la société. En effet, les actes fautifs des représentants légaux de la société entraînent, par principe, la responsabilité civile de cette dernière. De même, la société peut être pénalement responsable des infractions commises par ses organes exécutifs.

2. *Nature de la responsabilité*

a) La distinction responsabilité civile/responsabilité pénale

Il convient également de préciser que la responsabilité des organes exécutifs est soit civile (elle se traduit alors par des dommages intérêts au profit de la victime, et ressort des tribunaux civils ou de commerce), soit pénale (elle est alors sanctionnée par des peines de prison et/ou d'amendes, et ressort des juridictions pénales), soit à la fois civile et pénale lorsque les fautes pénales entraînent outre la sanction pénale, une réparation civile de leurs conséquences, auquel cas, la juridiction pénale est compétente.

b) Toute faute d'un organe exécutif ayant généré un dommage entraîne une responsabilité civile et/ou pénale de la société et/ou de l'organe exécutif

Toute faute ou infraction commise par les organes exécutifs constitue une faute ou une infraction de la société elle-même et entraîne, par principe, la responsabilité de cette dernière. Ce n'est que lorsque la faute ou l'infraction est commise «en dehors» des fonctions de l'organe exécutif que la responsabilité de la société est écartée. Dans ce cas, la faute est personnelle à l'organe exécutif. En matière civile, cette faute personnelle est définie par les tribunaux comme une faute «séparable» ou «détachable» des fonctions de diri-

geant. Le même raisonnement s'applique en matière pénale, étant précisé qu'il peut y avoir cumul de responsabilité pénale entre la société et son dirigeant pour les mêmes faits, lorsque le dirigeant a la qualité d'auteur ou de complice de l'infraction. Il s'agit ainsi dans un premier temps de décrire les situations dans lesquelles la responsabilité des organes exécutifs peut être mise en cause et dans un second temps les actions en responsabilité contre les organes exécutifs.

II. Situations dans lesquelles la responsabilité des organes exécutifs peut être mise en cause

1. La responsabilité civile relève du régime général de responsabilité

La responsabilité civile implique en principe une faute contractuelle (manquement à un contrat) ou délictuelle (négligence, imprudence, etc.), un dommage et un lien entre la faute et le dommage et en conséquence une obligation de réparer le dommage. S'agissant des organes exécutifs, cette responsabilité s'applique pour violation des dispositions législatives ou réglementaires, des règles fixées par les statuts ou des décisions de la société. Elle s'applique également en cas de faute de gestion: c'est-à-dire de tout acte contraire aux intérêts de la société (on parle d'intérêt social). Il s'agit là d'une responsabilité à l'égard de la société, des actionnaires et des tiers. Toutefois de nombreuses fautes de dirigeants sociaux sont susceptibles de constituer une infraction pénale lorsqu'elles ont été accomplies sciemment, de mauvaise foi ou même en cas de simples négligences.

2. La responsabilité pénale

Qu'il s'agisse du droit du travail, du droit de la concurrence et de la consommation, du droit fiscal et douanier, de la législation en matière de sécurité sociale, des règles fixées par le Code pénal, sans compter le droit des sociétés lui-même (règles en matière de constitution, d'abus de biens sociaux, de présentation de faux bilans, d'émission d'actions et d'obligations, etc.) et le droit boursier (délit d'initié, manipulation de cours; les manquements aux règles boursières font aussi l'objet de sanctions administratives), le droit français impose le respect de multiples règles d'ordre public, dont la violation fait l'objet de sanctions pénales, avec en outre une obligation de réparation des dommages aux victimes. Les organes exécutifs peuvent être également responsables de la violation de la loi par un salarié de la société dans l'exercice de ses fonctions, le législateur ayant même prévu la responsabilité pénale per-

sonnelle du chef d'entreprise dans certains cas. En cas de manoeuvres frauduleuses ou d'inobservations répétées des diverses obligations fiscales, la personne qui exerce en droit ou en fait la direction effective d'une société (à savoir en pratique le directeur général de SA ou le président du directoire de SA) peut être personnellement et solidairement responsable avec la société des sommes dues au fisc (impositions et pénalités). Et dans des cas extrêmes, notamment de fraude fiscale, cette personne encourt en plus une sanction pénale (peine de prison et/ou amende). Par ailleurs, le droit des procédures collectives (procédure de redressement ou de liquidation judiciaire) prévoit en outre un certain nombre d'infractions pénales, dans le cadre desquelles les dirigeants sociaux peuvent, en cas de faute de gestion, être condamnés solidairement ou individuellement à supporter tout ou partie des dettes de la société en cas d'insuffisance d'actif. De plus, ils peuvent être déclarés personnellement en redressement judiciaire ainsi qu'en faillite personnelle. Enfin, la responsabilité pénale des personnes morales, qui s'applique pour certaines infractions, n'exclut pas la responsabilité personnelle pénale des dirigeants et mandataires sociaux (notamment si les dirigeants sont considérés auteurs ou complices des infractions commises par la société).

III. Les actions en responsabilité contre les organes exécutifs

Il y a environ 3 000 condamnations pénales d'organes exécutifs par an en France pour infraction à la législation des sociétés¹, pour la plupart à l'occasion de procédures collectives. Les actions sont le plus souvent des actions civiles introduites par des actionnaires (agissant seuls ou en groupe à la condition qu'ils représentent au moins 5 % du capital social) cherchant à obtenir la réparation de leur préjudice personnel ou de celui de la société (l'action est alors dite «action sociale»); les tiers lésés cherchant à obtenir réparation de leur préjudice personnel agissent en général à la fois contre la société et ses organes exécutifs. L'étude des cas de la jurisprudence enseigne que tant que la société n'est pas en redressement ou en liquidation judiciaire ou que les infractions génératrices du préjudice ne peuvent faire l'objet d'une poursuite pénale, la jurisprudence française se caractérise par des positions restrictives quant à la responsabilité des dirigeants sociaux.

¹ Et ce non compris, les infractions pour fraude et contrefaçon, au droit de la concurrence, de la consommation et des prix, à la législation sur l'environnement.

1. *Raisons de cette position restrictive*

L'explication de cette situation peut être trouvée essentiellement à travers deux facteurs. D'une part, les juridictions ont le souci de ne pas brider l'initiative économique en inspirant une trop grande prudence par la crainte des représailles judiciaires; il en résulte une sorte de «droit à l'erreur» (dont les contours restent flous) en matière de gestion. D'autre part, le juge ne veut pas se substituer aux organes exécutifs des sociétés pour apprécier quel est l'intérêt social, sauf lorsqu'une situation très conflictuelle (par exemple, un abus de majorité, un abus de biens) fait apparaître que cet intérêt a été gravement méconnu à leur profit par ceux qui sont chargés de le mettre en œuvre.

a) Manifestation de la position restrictive

On peut regrouper les manifestations de la position restrictive au sein de deux catégories. La première concerne la manière dont est appréciée le comportement reproché au dirigeant. Autrement dit, il s'agit du fait générateur de sa responsabilité. Quant à la deuxième, elle correspond à l'appréciation des préjudices réparables. En effet, la jurisprudence retient une analyse quelque peu restrictive des préjudices personnellement réparables par le dirigeant.

aa) Fait générateur

Les juges français paraissent sensibles à l'argument relatif à la perturbation du marché financier, et ils évitent généralement de porter atteinte à la réputation des sociétés cotées pour des raisons «seulement» juridiques.

(i) *L'existence d'un certain droit à l'erreur*: La plupart des fautes de gestion correspondent non pas à la violation directe d'une obligation législative, réglementaire ou statutaire, mais à une décision indépendante ou à une négligence pour laquelle la faculté d'appréciation du juge est assez large. Dans ce cadre le juge français reconnaît en pratique un «droit à l'erreur» qui prime le droit à réparation des victimes. Dans *Adam c / Vivendi Universal* la cour a décidé que «ne sont pas en elles-mêmes des fautes, pouvant être sanctionnées par le juge, les erreurs dans l'appréciation des opportunités de gestion, éventuellement commises, lors des prises de décisions».² Cette solution n'est pas sans rappeler la règle américaine du «*Business Judgement Rule*», aux termes de laquelle les juges reconnaissent généralement que l'Homme raisonnable est

2 Trib. com., Paris, référé, 27 juin 2002: Bull. July 2001, para 212, note Couret (H).

faillible et donc que l'erreur commise par le dirigeant n'est pas nécessairement une faute.

(ii) *La création prétorienne de la faute séparable des fonctions*: Dans le silence des textes, la jurisprudence a ajouté une condition supplémentaire à l'engagement de la responsabilité civile personnelle des dirigeants sociaux. Ainsi, depuis 1982³, la Cour de cassation exige des seuls tiers qu'ils fassent état d'une faute séparable des fonctions du dirigeant afin que sa responsabilité civile soit engagée (cette condition *supra legem* ne s'impose pas aux autres victimes, à savoir la société et les associés, et ne s'impose pas quand il s'agit de la responsabilité pénale des dirigeants). Dans l'arrêt *Lepoivre*, la Cour de cassation a décidé que «n'a pas donné de base légale à sa décision la Cour d'appel qui a retenu la responsabilité personnelle à l'égard des tiers d'un dirigeant social sans établir que celui-ci ait commis une faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat générateur du dommage»⁴. De même, dans l'arrêt *Vanhove* la Cour de cassation a décidé qu'«à défaut de rapporter la preuve que le gérant a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement, sa responsabilité (à l'égard des tiers) ne peut être engagée à l'occasion d'une dette restée impayée»⁵.

Cette notion de «faute séparable des fonctions» était également restrictivement appréciée par la Cour de cassation. Jusqu'à une époque relativement récente, la chambre commerciale avait constamment écarté l'existence d'une faute séparable même en présence de comportements particulièrement répréhensibles de la part des dirigeants. En effet, à propos de manœuvres dolosives, elle a trouvé que «le dirigeant qui utilise des manœuvres dolosives (fausse attestation) pour conclure un contrat ne commet pas une faute détachable de ses fonctions»⁶. A propos d'une garantie non autorisée la cour a décidé que «si un DG d'une SA a commis une faute en ne vérifiant pas qu'il détenait toujours le pouvoir de consentir des cautionnements au nom de la société, cette faute n'est pas séparable de ses fonctions de DG et il n'est ainsi pas établi que sa responsabilité personnelle est engagée»⁷.

Suite aux critiques incessantes de la doctrine, la chambre commerciale de la Cour de cassation a finalement infléchi son appréciation de la notion de faute séparable. Pour la première fois depuis l'apparition prétorienne de cette notion, la chambre commerciale a admis l'existence d'une faute séparable des fonctions dans un arrêt du 20 mai 2003, qu'elle a définie comme une «faute

3 Cass. com., 8 mars 1982: Rev. sociétés 1982, p. 573, note Guyon (Y).

4 Cass. com., 4 octobre 1988: Rev. sociétés 1989, p. 213, note Viandier (A).

5 Cass. com., 27 janvier 1998: Bull. Joly 1998, para 175, note Le Cannu (p).

6 Cass. com., 28 avril 1998: Dr. sociétés 1998, comm. no 115, Vidal (D).

7 Cass. com., 20 octobre 1998, Outinord: D. 1999, jur. p. 639, note De Laender (M.-H.).

d'une exceptionnelle gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales». Des arrêts postérieurs confirment cet assouplissement. Dans l'arrêt SATI un gérant ayant mobilisé deux fois la même créance a été reconnu personnellement responsable du dommage ainsi causé au tiers, dès lors qu'une telle faute a été considérée comme étant séparable de ses fonctions.⁸ De même des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale sont constitutifs d'une faute séparable des fonctions du dirigeant, de nature à engager sa responsabilité personnelle envers les tiers.⁹

Cette évolution de la jurisprudence remet quelque peu en cause l'idée suivant laquelle les dirigeants sociaux sont personnellement irresponsables dans le cadre de leurs fonctions. Même s'il ne s'agit que d'un infléchissement de sa position traditionnelle, celui-ci doit être souligné. Le sentiment général d'impunité doit donc être d'autant plus nuancé. Ceci étant, l'état actuel du droit positif soulève encore un certain nombre de critiques.

(iii) *La disparité de traitement en fonction de la solvabilité de la société:* Alors que la jurisprudence admet un certain droit à l'erreur au bénéfice du dirigeant lorsque la société dirigée est *in bonis*, elle est plus sévère vis-à-vis de ce dernier si sa faute a conduit la société au dépôt de bilan. Par exemple il y a eu condamnation pour absence de mesures de restructuration ou de redressement suffisantes¹⁰, pour mise en place d'une direction pléthorique inadaptée à la structure de l'entreprise¹¹ et pour défaut de déclaration de cessation des paiements dans le délai légal de 15 jours.¹² Dans le cadre de procédures collectives, la Cour de Cassation a eu l'occasion de dire que le choix d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement, peut constituer une faute de gestion. Quand à la seconde manifestation de la position restrictive de la jurisprudence elle concerne l'appréhension du préjudice réparable.

bb) Spécificité de l'analyse prétorienne des préjudices réparables

Si la jurisprudence admet assez largement la réparation du préjudice social, elle limite en revanche celle des préjudices individuels des associés et des tiers.

(i) *Canalisation de l'action individuelle de l'associé:* Tout d'abord, les juridictions civiles exigent la caractérisation d'un préjudice personnel et spécial

8 Cass. com., 20 mai 2003: Bull. Joly 2003, p. 786, note Le Nabasque (H); D. 2003, jur. p. 2623, note Dondero (B).

9 Cass. com., 7 juillet 2004: Bull. Joly 2004, para 303, note Le Nabasque (H).

10 Cass. com., 13 octobre 1998: Act. proc. coll. 20 novembre 1998, n 154.

11 Cas. com., 3 octobre 2000: Bull. Joly 2001, para 4, note Le Cannu (P).

12 CA Paris, 18 février 2000: D. 2000, AJ, p. 170, note Pisoni (P).

de l'associé, qui doit être distinct du préjudice social. Dès qu'un préjudice social existe, il absorbe le préjudice individuel de l'associé, lequel ne peut être directement réparé par le dirigeant. Par exemple, la faute du dirigeant à l'origine de la dépréciation des titres ou de la baisse du cours des actions ne peut par être poursuivie par l'associé au titre de son préjudice personnel considéré comme le simple corollaire du préjudice social.¹³ De même la faute conduisant à la diminution du nombre d'actions à la suite d'un coup d'accordéon avec suppression du droit préférentiel de souscription n'entraîne pas non plus un préjudice personnel réparable pour l'associé ainsi évincé.¹⁴

Ensuite, les juridictions répressives appliquent également restrictivement l'exigence d'un préjudice personnel résultant directement de l'infraction. La chambre criminelle de la cour de Cassation a décidé que «la dépréciation des actions suite à un abus de biens sociaux est un préjudice social et non pas personnel»¹⁵. Il résulte de l'ensemble de cette jurisprudence une certaine volonté d'enrayer la recrudescence de l'action individuelle de l'associé au profit de l'action sociale.

(ii) *Canalisation de l'action individuelle des tiers*: L'idée générale qui prévaut en la matière est qu'à l'égard des tiers la responsabilité de la société est la règle, tandis que la responsabilité personnelle du dirigeant est l'exception. C'est cette idée qui explique fondamentalement l'exigence prétorienne d'une faute séparable des fonctions mais également qui justifie l'appréciation restrictive du préjudice réparable du tiers. Ainsi, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société, l'action individuelle du tiers n'est recevable qu'à compter du jugement d'ouverture que s'il demande la réparation d'un préjudice personnel, distinct du non-paiement de sa créance.¹⁶ A défaut, seul l'exercice de l'action en comblement de passif est admis, c'est-à-dire l'action sociale.

(iii) *Priorité accordée à la réparation du préjudice social*: La jurisprudence délimite ainsi très largement le domaine du préjudice social. Celui-ci absorbe très souvent les préjudices individuellement ressentis et écarte de ce fait l'exercice des actions individuelles tant des associés que des tiers. Ceci étant, pour que la priorité ainsi accordée à la réparation du préjudice social abou-

13 Voir Cass. com., 26 janvier 1970 (JCP G 1970, II, 16 385, note Guyon (Y)) et Cass. com., 1 avril 1997 (Bull. Joly 1997, para 248, note Barbièri (J.-F.)).

14 Voir Cass. com., 4 mars 1986 (RJ com. 1987, p. 169) et Cass. Com., 15 janvier 2002, *Alberti c/ Rebeyrol* (Bull. Joly 2002, para 155, note Sylvestre (S)).

15 Cass. crim., 13 décembre 2000, Bull. Joly 2001, para 124 à 126, note Barbièri (J.-F.).

16 Voir à propos du délit de présentation de comptes inexacts, Cass. crim., 5 novembre 1991: Rev. sociétés 1992, p. 91, note Bouloc (B).

tisse à l'effet escompté (réparation directe du préjudice social et réparation indirecte des préjudices individuels), encore faut-il que l'action sociale soit effectivement exercée.

Or, en pratique, l'action sociale est rarement exercée, du moins lorsque la société est *in bonis*. L'action sociale *ut universi* a peu de chances d'être exercée dès lors que les dirigeants fautifs restent à la tête de la société. Quant à l'action sociale *ut singuli*, exercée par les associés pour le compte de la société, elle est également rarement exercée dans la mesure où les frais de justice sont à la charge des associés demandeurs, alors que le bénéfice éventuel de l'action en justice revient à la société. Cet obstacle d'ordre financier dissuade ainsi très souvent l'associé d'agir. Il s'ensuit que la priorité ainsi accordée à la réparation du préjudice social demeure vaine en pratique.

En définitive, si l'action sociale n'est pas exercée et que les actions individuelles sont jugées irrecevables, les comportements condamnables des dirigeants sociaux risquent de ne pas être poursuivis, d'où une certaine impunité, du moins lorsque la société est *in bonis*.

IV. Conclusion

Pour conclure, une mise en perspective historique de la responsabilité des organes exécutifs conduit à deux constatations. Premièrement, l'évolution de la responsabilité des organes exécutifs est plus lente que l'évolution de l'histoire de la responsabilité générale. Deuxièmement, cette évolution suit le contexte économique. C'est-à-dire que lors de période de crise, comme par exemple la dépression des années 1930, la responsabilité des organes exécutifs est sanctionnée de façon beaucoup plus souple que lors de période de croissance.

