

## D & O EN DROIT FRANÇAIS

La responsabilité des dirigeants sociaux, évoquée dans le langage des affaires sous l'abréviation « D & O » (directors' and officers' liability), est depuis longtemps reconnue en droit français. Relevant initialement de la responsabilité civile de droit commun, elle a été consacrée expressément pour les SA et les SARL par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Ces dix dernières années, elle a connu un certain essor sous l'influence des principes de « corporate governance », renforcés successivement depuis la loi NRE du 15 mai 2001, qui tendent à assurer une plus grande transparence de la gestion au profit des actionnaires, notamment en mettant à la charge des dirigeants des obligations d'information plus poussées. Parallèlement, se sont développées des polices d'assurance dites RCMS (responsabilité civile des mandataires sociaux), souscrites par la société au profit de ses dirigeants, couvrant les conséquences pécuniaires de réclamations mettant en cause leur responsabilité civile personnelle au titre d'une faute professionnelle. Après le rejet d'une proposition de loi du 17 décembre 2003 qui voulait interdire ce type d'assurance afin de combattre un phénomène de déresponsabilisation, ces polices semblent promises à un bel avenir. En effet, les risques encourus par les dirigeants sont multiples, autant sur le plan civil (I) que pénal (II).

### I) Responsabilité civile

La responsabilité des dirigeants n'est que rarement engagée lorsque la société est in bonis (A), elle prend toutefois une ampleur considérable en cas d'insolvabilité dans le cadre de la procédure collective (B).

#### A) Société in bonis

1) Les **fondements** de l'action en responsabilité civile varient selon la qualité des personnes poursuivies et leurs rapports avec les demandeurs. Tandis que l'action dirigée contre les dirigeants de droit des SARL et des sociétés par actions est régie par des dispositions spéciales (art. L. 223-22 et L. 225-251 C. com.), les autres actions relèvent du droit commun : responsabilité contractuelle (art. 1147 C. civ.) pour l'action de la société contre ses dirigeants de droit, responsabilité délictuelle (art. 1382 C. civ.) pour les actions exercées par les associés et les tiers, ainsi que toutes celles dirigées contre les dirigeants de

fait. La différence principale entre ces fondements concerne la durée de la prescription, qui est raccourcie à 3 ans selon les dispositions spéciales du Code de commerce, tandis qu'elle est de 10 ans en matière délictuelle et même de 30 ans pour la responsabilité contractuelle de droit commun.

2) Indépendamment du fondement, les **fautes** susceptibles d'être sanctionnées sont de trois ordres : il s'agit tout d'abord des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, notamment celles relatives à la convocation des assemblées ou à la tenue de la comptabilité. Vient ensuite la violation des statuts, retenue p. ex. lorsque le dirigeant engage la société en dépassant ses pouvoirs statutaires. Enfin, le manquement le plus fréquemment invoqué est la faute de gestion, qui se caractérise par sa contrariété aux exigences d'une diligence normale, ainsi qu'à l'intérêt social. Il peut s'agir d'un acte positif comme d'une abstention, sa gravité pouvant aller de l'imprudence légère jusqu'aux manœuvres frauduleuses. Parmi une casuistique abondante, on citera notamment la conclusion de contrats nettement préjudiciables, le retard dans le paiement des dettes sociales, le défaut de surveillance des personnes auxquelles le dirigeant délègue ses pouvoirs ou les détournements de fonds. Cependant, le seul fait qu'une décision de gestion se révèle a posteriori désavantageuse ne suffit pas pour caractériser une faute, celle-ci devant être appréciée au moment de sa commission, et le dirigeant n'étant tenu que d'une obligation de moyens. Ajoutant aux trois catégories de fautes classiques, la jurisprudence a récemment consacré le manquement au devoir de loyauté du dirigeant à l'égard de la société ou des associés (arrêt *Vilgrain*, Com., 27 févr. 1996), lui interdisant notamment les actes de concurrence ainsi que la dissimulation préjudiciable d'informations.

3) Peu de moyens d'**exonération** sont ouverts au dirigeant : S'il est membre d'un organe collégial, il est en principe solidairement responsable des décisions prises, sauf s'il démontre qu'il s'y est opposé fermement ou qu'il n'a pu y participer pour un motif valable. De plus, les statuts ne peuvent ni prévoir la renonciation à l'action en responsabilité, ni la subordonner à une autorisation préalable, et une décision d'assemblée ne peut avoir pour effet de l'éteindre (le « quitus » est donc sans utilité).

4) Toutefois, le **régime** des différentes actions en responsabilité les rend peu efficaces et contribue ainsi indirectement à protéger les

dirigeants sociaux. Il faut à cet égard distinguer selon les **victimes** du comportement fautif.

a) Si le dommage est subi par la **société**, il n'y a aucun obstacle de droit à l'action. De fait, elle est cependant rarement exercée : En principe, s'agissant d'une action de la société, elle devrait être intentée en son nom par ses représentants légaux (action sociale « ut universi »). Or, ceux-ci sont rarement enclins à « tresser la corde qui servira à les pendre », ou leurs collègues. La seule hypothèse probable est celle d'un procès des nouveaux dirigeants contre les anciens après un changement de pouvoir au sein de la société. Pour suppléer aux carences des mandataires en place, la loi confère aux associés ou actionnaires la possibilité d'exercer l'action à leur place (action sociale « ut singuli », art. L. 223-22 al. 3 et L. 225-252 C. com.). Ceci requiert toutefois de leur part un certain altruisme, car ils supportent les frais de procédure, alors que les dommages-intérêts alloués entrent dans le patrimoine social. Ceci explique le peu de succès que rencontre cette action, sauf peut-être lorsqu'elle est exercée par des groupements d'actionnaires se répartissant les charges. On notera que l'action sociale, dans ses deux branches, est souvent exclue de la couverture des assurances RCMS.

b) Les **associés** disposent également d'une action individuelle, mais celle-ci se heurte le plus souvent à l'exigence d'un préjudice propre, distinct de celui subi par la société. La jurisprudence rejette ainsi notamment les actions fondées sur la dépréciation des titres d'un associé conséquemment à une mauvaise gestion, qui n'est que le corollaire de la diminution du patrimoine social (Com., 1<sup>er</sup> avr. 1997). Ne donne donc droit à réparation que le non-respect des droits individuels de l'associé, tels que le droit de vote, à l'information et aux dividendes.

c) Finalement, la responsabilité des dirigeants à l'égard des **tiers** n'est admise que très exceptionnellement, car la chambre commerciale l'a subordonnée à la preuve d'une faute séparable des fonctions, par son célèbre arrêt *Lepoivre* (Com., 4 oct. 1988). En principe, le dirigeant n'agit qu'en tant que représentant de la personne morale, et c'est donc celle-ci qui est seule engagée par ses actes, même fautifs. La faute séparable a été définie par l'arrêt *Sati* comme « une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales » et commise intentionnellement (Com., 20 mai 2003). Cette condition sera généralement remplie en cas d'infraction pénale, même si un

arrêt récent a semé le doute quant au délit consistant en l'abstention de souscrire une assurance obligatoire (Civ. 3, 4 janv. 2006).

Le « bouclier » que constitue la personne morale pour le dirigeant est cependant fréquemment écarté après l'ouverture d'une procédure collective.

### **B) Société faisant l'objet d'une procédure collective**

Le droit des procédures collectives, tel que réformé par la loi du 26 juillet 2005, prévoit deux types d'actions qui peuvent être engagées indifféremment contre les dirigeants de droit et de fait.

1) Il s'agit d'une part de l'**action en comblement de passif** (art. L. 651-2 C. com.), qui permet de condamner les dirigeants dont les fautes de gestion ont contribué à une insuffisance d'actif à compenser celle-ci. Cette action est ouverte à partir de la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, ou en cas de liquidation judiciaire. Son exercice est en principe réservé aux organes de la procédure collective, qui sont le mandataire judiciaire, le liquidateur ou le ministère public, mais en cas de carence de ces derniers, les créanciers nommés contrôleurs peuvent saisir le tribunal. Comme fautes de gestion, ont notamment été retenues la création d'une société sans apport de fonds propres suffisants, ainsi que le fait d'avoir retardé la déclaration de cessation des paiements au-delà du délai légal. Le délai de prescription est de trois ans et court à compter du jugement prononçant la liquidation ou la résolution du plan. Les sommes payées entrent dans le patrimoine social et sont réparties entre les créanciers à proportion de leurs créances. La condamnation peut être couplée de sanctions comme la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer. Curieusement, l'action en comblement du passif social est fréquemment exclue de la couverture des assurances RCMS, alors qu'il s'agit de l'un des risques majeurs pesant sur les assurés.

2) S'y ajoute, d'autre part, depuis 2005, l'**obligation aux dettes sociales** (art. L. 652-1 C. com.), qui n'est possible qu'en cas de liquidation judiciaire. Elle sanctionne des comportements frauduleux particulièrement répréhensibles, comme les détournements commis dans l'intérêt personnel du dirigeant, dès lors qu'ils ont contribué à la cessation des paiements. Le tribunal peut alors condamner le dirigeant au paiement de la totalité des dettes sociales, même s'il n'a que partiellement contribué à leur existence, ce qui va plus loin

que l'action en comblement de passif. De surcroît, les assurances RCMS excluent systématiquement de leur couverture ces condamnations, qui reposent sur la recherche d'un profit personnel illicite par le dirigeant.

## II) Responsabilité pénale

En matière pénale, le dirigeant se voit confronté à un foisonnement d'infractions diverses, dont le nombre ne cesse d'augmenter, et qui recouvrent tous les domaines de l'activité sociale : droit de la concurrence, de l'environnement, fiscalité, droit boursier, réglementation du travail en matière d'hygiène ou de sécurité, sans oublier les délits de droit commun comme l'abus de confiance ou l'escroquerie.

A) Les **principales infractions** relèvent cependant du droit des sociétés. La plus importante est l'abus de biens sociaux, qui concerne les dirigeants de SARL et des sociétés par actions (art. L. 241-3, 4° et L. 242-6, 3° C. com.). Le délit consiste à avoir fait, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'on savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle on est intéressé, ne serait-ce qu'indirectement. Ont été sanctionnés notamment le fait de faire supporter par la société les amendes de son PDG pour infraction au Code de la route, ou le fait pour un dirigeant de s'attribuer une rémunération excessive. Si l'emploi de fonds sociaux à des fins de corruption pouvait donner lieu à hésitation en raison de l'avantage à court terme que celle-ci peut procurer à la société, la Cour de Cassation a tranché la question en décidant qu'elle est néanmoins contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la société au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales et porte atteinte à son crédit et à sa réputation (arrêt *Carignon*, Crim., 27 déc. 1997). L'abus de biens sociaux se prescrit par trois ans à compter de la présentation des comptes annuels dans lesquels figurent les dépenses mises indûment à la charge de la société, sauf en cas de dissimulation, où le point de départ est repoussé jusqu'à la révélation de l'abus. Au titre des autres infractions fréquemment poursuivies, on se contentera de citer la présentation de comptes infidèles (art. L. 241-3, 3° et L. 242-6, 2° C. com.), la banqueroute (art. L. 654 C. com.) et, en matière boursière, le délit d'initié (art. L. 465-1 C. mon. fin.).

B) Il n'est pas facile pour les dirigeants de se **dégager** de leur responsabilité pénale : d'une

part, l'écran de la personnalité morale ne joue pas, la responsabilité de la société, étendue depuis la loi Perben II à tout type d'infraction, n'excluant pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits (art. 121-2 C. pén.). D'autre part, les dirigeants peuvent être condamnés pour des infractions qu'ils n'ont pas eux-mêmes commis, car la jurisprudence leur impose un devoir de contrôle et de surveillance très rigoureux à l'égard des salariés de l'entreprise, surtout en matière d'hygiène et de sécurité du travail. Le seul moyen d'exonération est de recourir à une délégation de pouvoirs, dont la chambre criminelle reconnaît l'efficacité depuis une série d'arrêts du 11 mars 1993. La délégation doit être précise, et ne peut être confiée qu'à un salarié pourvu de la compétence, des moyens et de l'autorité nécessaire à l'exercice effectif des pouvoirs.

C) Les victimes subissant des dommages pécuniaires du fait de l'infraction pénale commise, qu'il s'agisse de la société, des associés ou de tiers, ont souvent intérêt à se **constituer partie civile** au procès pénal : la procédure est aux frais de l'Etat, elles bénéficient des éléments de preuve rapportés par l'instruction, et la jurisprudence en matière pénale leur est souvent plus favorable, notamment en ce qu'elle ne retient pas l'exigence d'une faute séparable des fonctions pour les actions des tiers.

D) Le secours apporté par l'**assurance** RCMS sur le plan pénal reste assez faible : Elle couvre certes les frais de défense, mais ne peut prendre en charge les amendes encourues, ce qui serait contraire au principe de personnalité des peines. Et la couverture des dommages-intérêts civils est souvent écartée, parce que l'infraction pénale commise constitue une faute intentionnelle inassurable (art. L. 113-1 C. ass.) ou implique la recherche d'un avantage personnel illicite par le dirigeant (clauses d'exclusion).