

Droit

CI Responsabilité des dirigeants : les enjeux de la « faute séparable »

Une jurisprudence plus précise de la « faute séparable » génère des risques nouveaux, notamment pour les fonds et leurs participations. Recettes pour se prémunir contre les conséquences des mises en cause conjointes.

Depuis quelques années, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité des dirigeants modifie la pratique des plaignants, facilitant la mise en cause conjointe et systématique des dirigeants avec leur société. En droit, les dirigeants de sociétés commerciales sont responsables, personnellement et solidairement, envers la société et envers les tiers, en cas de non-respect de la loi et des statuts, et plus généralement en cas de faute commise dans leur gestion (art. L 223-22 et L 225-21 du Code de commerce). S'inspirant du droit administratif, la Cour de cassation a en outre décidé, dans une jurisprudence constante depuis plus de quinze ans, de subordonner la responsabilité du dirigeant à la preuve d'une « faute séparable » de ses fonctions. Dans son arrêt du 20 mai 2003, elle définit précisément pour la première fois les critères constitutifs de la « faute séparable ». Cet arrêt a ensuite donné lieu à une succession de décisions dans le même sens. Désormais, pour être qualifiée de « séparable », la faute du dirigeant doit être intentionnelle, d'une particulière gravité et incompatible avec les fonctions sociales. Ainsi, a été qualifiée de « séparable » la faute commise par la gérante d'une SARL qui a cédé deux fois la même créance que la société détenait sur un tiers. A *contrario*, la faute commise par un dirigeant qui a recommandé à ses actionnaires une offre d'achat d'actions à un prix insuffisant a été jugée non séparable, la Cour ayant estimé que cette offre relevait d'une négligence non intentionnelle du dirigeant. L'enjeu relatif à la qualification de la faute est important : en cas de faute « non séparable », le dirigeant n'est pas personnellement responsable. C'est sa société qui endosse la responsabilité et doit indemniser les tiers lésés. Cette jurisprudence ne s'applique à ce jour que devant les juridictions françaises et uniquement dans les sociétés *in bonis*. Les dirigeants de sociétés faisant l'objet

de procédures collectives restent quant à eux responsables à titre personnel en cas de faute, qui, dans ce cas, n'a pas à être qualifiée de séparable ou non. En outre, cette jurisprudence ne concerne à ce stade que les dirigeants de droit et non ceux qui pourraient être qualifiés de dirigeants de fait ni même les administrateurs.

Les mises en cause conjointes plus fréquentes

En pratique, et jusqu'à récemment, les tiers qui s'estimaient lésés par un acte de gestion d'un dirigeant (actionnaires, autres dirigeants, salariés, etc.) portaient leurs actions directement contre ce dernier. Ils devaient alors établir que la faute alléguée était séparable de ses fonctions. Si, à l'issue de la procédure, le juge décidait que la faute commise était en fait non séparable des fonctions de ce dirigeant, ce dernier n'était pas tenu responsable. Il fallait alors que le plaignant mène une nouvelle action, dirigée cette fois contre la société, laquelle était alors seule condamnée à réparer le préjudice causé par son dirigeant. Ainsi, l'action des plaignants s'avérait peu efficace, plus longue et plus coûteuse. Depuis la définition récente donnée par la Cour de cassation, les plaignants qui veulent poursuivre un dirigeant doivent établir précisément les trois critères caractérisant la « faute séparable » (*cf. supra*). Ces trois critères étant cumulatifs, ils sont souvent difficiles à réunir. Face à cette difficulté pratique, les plaignants sont désormais poussés à poursuivre conjointement, et au sein d'une même procédure, le dirigeant et sa société. Ainsi, si le juge qualifie la faute de « séparable », le dirigeant sera condamné. Si, au contraire, la faute est qualifiée de « non séparable », c'est la société qui paiera sans que le plaignant n'ait à porter contre elle une action nouvelle et séparée. En pratique, ces actions conjointes sont donc plus efficaces et désormais plus nombreuses. D'où la

© Percier Publications - la photocopie non autorisée est un délit

nécessité de souscrire des polices d'assurances adaptées.

Adapter les couvertures d'assurances

Les solutions d'assurances classiques de responsabilité civile (RC) des dirigeants et mandataires sociaux (MS) qui préexistent ne permettent la prise en charge que des frais de défense et des dommages-intérêts dus par les dirigeants. Ceux qui étaient imputés à leur société dans le cadre de faute qualifiée de non séparable n'étaient traditionnellement jamais pris en charge. Désormais, pour protéger la société, qui constitue le patrimoine de ses actionnaires et de ses dirigeants, il est possible de souscrire une garantie spécifique, accordée par avenant aux polices RCMS en place. Selon les assureurs, cette couverture fonctionne avec ou sans limite de garantie, moyennant toujours franchise et surprime en fonction de la partie française du risque à assurer. En outre, cette protection au bénéfice de la société ne fait pas double emploi avec sa couverture de RC professionnelle, destinée à la protéger dans le cadre de l'exercice de ses activités professionnelles et non quand elle est condamnée à la suite d'une « faute non séparable » de son dirigeant.

Protéger les sociétés en portefeuille

Comme toutes les sociétés commerciales, les sociétés de capital-risque ou les sociétés de gestion de fonds sont touchées par l'évolution de cette jurisprudence. Ces sociétés peuvent elles aussi être condamnées à indemniser un tiers lésé en cas de faute non séparable commise par l'un de leurs dirigeants. Les SCR ou sociétés de gestion étant le plus souvent détenues par leurs dirigeants pour une part significative, ces derniers souhaiteront fortement protéger leur société car elle constitue leur propre patrimoine. Toutefois, le risque le plus important pour les sociétés d'investissement réside indéniablement au sein des participations de leur portefeuille. En effet, les plaignants sont poussés à poursuivre systématiquement et conjointement les dirigeants personnes physiques et leur société. En cas de faute qualifiée de non séparable, c'est la participation qui devra payer pour indemniser les tiers lésés. C'est donc désormais le patrimoine des investisseurs qui risque d'être mis en péril. Compte tenu de la montée en puis-

sance des mises en cause conjointes des dirigeants et de leurs sociétés, les risques pour les fonds de voir leur investissement se déprécier est fortement accru. Chaque indemnité versée par une participation à un tiers lésé viendra diminuer le patrimoine de ses financiers.

Les outils de prévention des risques

Pour protéger leurs représentants au sein de leurs participations, ainsi que la société qu'ils représentent, les sociétés d'investissement imposent le plus souvent aux cibles en portefeuille, via le pacte d'actionnaires, de souscrire les assurances nécessaires. Désormais, ce pacte devra préciser que la couverture destinée à protéger les dirigeants et mandataires sociaux devra être étendue à la protection de la personne morale de la participation quand elle est poursuivie pour une faute non séparable commise par l'un de ses dirigeants. Cette disposition permettra à l'investisseur de protéger sa participation... et donc son investissement. Dans le cas où la garantie viendrait à être épuisée au profit de la société, il faut conseiller aux assurés d'inclure à leur police une clause de reconstitution automatique des couvertures au bénéfice de leurs dirigeants personnes physiques. Il pourra également être judicieux d'intégrer une clause de priorité de paiement des indemnités d'assurance au bénéfice des dirigeants, notamment pour les cas de règlements amiables, ou encore lorsque le caractère séparable ou non de la faute n'a pas été tranché. Les dispositions du pacte devront également être revues afin que soient prévues les conditions du maintien de ces assurances durant toute la durée de l'investissement ainsi que la mise à jour régulière de ces couvertures. Il est de l'intérêt de l'investisseur et des dirigeants eux-mêmes de protéger la société qui constitue pour eux tous leur patrimoine. Les investisseurs chercheront à sensibiliser les dirigeants de toutes leurs sociétés en portefeuille afin de protéger la valeur de leurs biens communs. Ainsi, loin de devenir une contrainte, cette couverture renforcée sera perçue comme une véritable protection tant pour les dirigeants que pour leurs investisseurs. ■

Roger Bissor,
fondateur de Conseils & Risques Financiers,
Sylvie Ménashé,
associée

