

L'arrêt du 31 mai 2011 a le mérite de mettre les administrateurs de société anonyme en face de leur responsabilité de manière claire et non équivoque. Une responsabilité qui peut parfois être lourde de conséquences, en particulier sur le plan financier, et rappelle l'intérêt de l'assurance RC des mandataires sociaux.

RCMS

## Du devoir des administrateurs de société anonyme



**SARAH XERRI-HANOTE,**  
avocate au barreau de Paris,  
associée du cabinet  
HMN & Partners, chargée  
d'enseignement à l'Institut des  
assurances de Lyon

Si vous souhaitez contribuer à la rubrique "Droit & technique", vous pouvez contacter Geraldine Bruguière-Fontenille (chef de rubrique) : [gbruguiere@profideo.com](mailto:gbruguiere@profideo.com)

Cette décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation, rendue le 31 mai 2011<sup>(1)</sup>, est assurément importante dans la construction du régime de la responsabilité des dirigeants, précisément des administrateurs de société anonyme (SA). En l'espèce, à la suite de la mise en redressement judiciaire de la société anonyme C2D (Compagnie du développement durable) par jugement du 24 juillet 2002, puis de l'extension de la procédure à une autre société sur le fondement de la confusion de patrimoines et, enfin, de la conversion en liquidation judiciaire par jugement du 4 avril 2003, le liquidateur a assigné en paiement pour insuffisance d'actif plusieurs administrateurs ainsi que le président du conseil d'administration. Le tribunal de commerce<sup>(2)</sup>, puis la cour d'appel de Montpellier<sup>(3)</sup>, a prononcé la condamnation *in solidum* de plusieurs d'entre eux. Le montant de l'insuffisance d'actif s'élevait à 23 M€, une somme non négligeable.

Les reproches faits aux administrateurs étaient les suivants : malgré la démission, le 7 février 2002, d'un des administrateurs – que ce dernier a motivé par l'absence de lisibilité des comptes sociaux et par les explications évasives du président du conseil d'administration sur la situation de la société –, et en dépit de la procédure d'alerte déclenchée le 11 janvier 2002 par les commissaires aux comptes de l'entreprise, ce n'est qu'après la tenue de quatre réunions du conseil d'administration sur une période de trois mois entre février et mai 2002 que la décision de ne plus poursuivre l'exploitation de la société a été prise (à noter que la déclaration de cessation de paiement n'a été régularisée que deux mois plus tard, le 12 juillet 2002). Pour condamner les administrateurs à contribuer à la prise en charge de l'insuffisance d'actif, la Cour de cassation retient à leur encontre une faute de gestion consistant en leur inaction pendant cette période de trois mois. Et ce, alors que des informations sur la situation critique de l'entreprise avaient été portées à leur connaissance et auraient dû les alerter sur les décisions immédiates à prendre. Avec cette décision, la Cour de cassation clarifie et rappelle plusieurs points :

- les administrateurs de société anonyme sont bien des dirigeants de droit malgré l'entrée en vigueur des dispositions de la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) n° 2001-420 du 15 mai 2001. A ce titre, ils sont susceptibles d'être condamnés à contribuer à une insuffisance d'actif ;
  - leur inaction, voire leur inertie, peut constituer une faute de gestion ;
  - il relève de l'appréciation souveraine des juges du fond de les condamner en tout ou partie à la prise en charge de l'insuffisance d'actif ;
  - c'est en particulier à l'aune de leurs diligences individuelles que seront appréciées leur vigilance et donc leur responsabilité.
- Bien que prononcée au visa de la législation antérieure à la loi de sauvegarde de 2005, cet arrêt reste pleinement d'actualité dans le cadre des nouveaux articles L. 651-2 et suivants du code de commerce relatifs à la responsabilité pour insuffisance d'actif.

### DES DIRIGEANTS DE DROIT

C'est au visa de la loi NRE que les administrateurs mis en cause ont tenté de s'exonérer de leur responsabilité en soutenant la thèse selon laquelle l'administrateur de SA n'aurait plus, depuis cette loi, la qualité de dirigeant de droit puisqu'il ne dispose plus que de pouvoirs limités ne relevant pas de la direction de la société. Et ce, contrairement au président du conseil d'administration et au directeur général qui seraient les seuls à disposer des pouvoirs de direction.

Il s'agissait effectivement d'un débat apparu à la suite de la promulgation de la loi NRE auquel la Haute Cour met un terme. L'arrêt rejette cette argumentation après avoir rappelé les pouvoirs du conseil d'administration tels que décrits dans la loi NRE : il détermine les orientations de l'activité de la société, veille à leur mise en œuvre, se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société, règle par ses délibérations les affaires qui la concernent et procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. La chambre commerciale en conclut que « la cour d'appel a exactement déduit que, bien qu'ils n'assument pas la direction générale de la société, les administrateurs ont la qualité de dirigeants de droit au sens de l'article L. 624-3 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises applicable en la cause ». L'administrateur d'une SA est donc partie prenante à l'exercice des pouvoirs de direction et de gestion même si, contrairement aux organes que sont le président du conseil d'administration et le directeur général, cette participation n'est pas quotidienne.

Il est intéressant de relever que divers commentateurs de cet arrêt mettent en parallèle la thèse soutenue par les administrateurs et la situation des membres du conseil de surveillance dans une SA à structure dualiste <sup>(4)</sup> : n'exerçant traditionnellement qu'un contrôle sur les actes de direction et gestion du directoire, ils ne sont pas considérés comme des dirigeants de droit et donc comme susceptibles d'être poursuivis en cas d'insuffisance d'actif. L'arrêt du 31 mai 2011 peut-il constituer une première brèche dans cette analyse amenant les membres des conseils de surveillance (hors même une éventuelle qualification comme dirigeant de fait) à répondre d'une absence éventuelle de vigilance ou de contrôle ? De même, il a été souligné que la situation des membres des organes des SAS sera à apprécier au cas par cas (hormis l'hypothèse des représentants légaux que sont les directeurs généraux et les directeurs généraux délégués) <sup>(5)</sup>.

### L'INACTION VOIRE L'INERTIE EST FAUTIVE

Sur le fond, rien que de très classique en droit de la responsabilité civile : l'action comme l'omission d'agir peuvent être tout autant fautives. Si le principe rappelé par la Haute juridiction est simple, le rappel à l'ordre en matière de responsabilité d'administrateurs de SA n'en est pas moins fort.

Un peu plus de trois mois d'inaction, entre février et mai 2002, alors qu'ils avaient été alertés par la démission de l'un d'entre eux et une procédure d'alerte des commissaires aux comptes, suffisent à engager leur responsabilité. Certains commentateurs ont pu trouver ce délai court considérant qu'il fallait une marge de réflexion suffisante aux administrateurs <sup>(6)</sup>, il convient de rappeler que le montant de l'insuffisance d'actif, 23 M€, explique certainement la sévérité de la juridiction. Le tribunal de commerce avait d'ailleurs prononcé une lourde condamnation à hauteur de 18 565 218 €, la Cour d'appel a néanmoins réduit le montant à 4 082 000 €, ce qui reste une somme conséquente pour le patrimoine personnel d'un dirigeant social.

Quelle que soit l'appréciation de chacun, le message transmis aux administrateurs est clair : un conseil d'administration n'est pas une simple chambre d'enregistrement et ce n'est pas en vous abstenant

**Le message transmis aux administrateurs est clair : ce n'est pas en s'abstenant d'agir que l'administrateur protégera sa responsabilité si la situation de la société est critique et nécessite de prendre des mesures que le président ou le directeur général ne mettent pas d'eux-mêmes en œuvre.**

### \* A RETENIR

- ▶ Les administrateurs de SA sont des dirigeants de droit et peuvent être condamnés à contribuer à une insuffisance d'actif.
- ▶ Leur inaction au sein du conseil d'administration face à une situation critique de la société peut constituer une faute de gestion.
- ▶ Il relève de l'appréciation souveraine des juges du fond de les condamner en tout ou partie à la prise en charge de l'insuffisance d'actif.
- ▶ La souscription d'une assurance garantissant la responsabilité des mandataires sociaux est un moyen de protéger leur patrimoine personnel.
- ▶ C'est en particulier à l'aune de leurs diligences individuelles que sera appréciée leur responsabilité et ils doivent être en mesure d'en rapporter la preuve.

d'agir, en restant dans les rangs de la majorité silencieuse, que vous, administrateur, protégerez votre responsabilité si la situation de la société est critique et nécessite la prise de mesures adéquates que le président ou le directeur général ne mettent pas d'eux-mêmes en œuvre. Des absences à répétition aux séances du conseil d'administration peuvent également être considérées comme fautives. En l'espèce, il est reproché aux administrateurs de ne pas avoir enjoint au représentant légal de déclarer immédiatement la cessation de paiements et, ce faisant, d'avoir contribué à la poursuite d'une activité déficitaire accroissant ainsi l'insuffisance d'actif finale. Aucune atténuation de responsabilité n'est retenue par la juridiction au bénéfice d'un administrateur récemment nommé (décembre 2001). La situation des administrateurs représentant leur entreprise au sein de ses participations minoritaires mérite d'être analysée à l'aune de cette décision. Rien ne permet de considérer que leur responsabilité serait approchée de manière plus souple par une juridiction. En revanche, la tentation est souvent grande pour eux de suivre les positions de la majorité et de ne pas exercer de manière approfondie leur fonction de direction et de gestion au travers notamment du contrôle et de la surveillance qu'ils doivent exercer. La décision du 31 mai dernier doit rester présente à leur esprit.

### L'APPRÉCIATION SOUVERAINE DU MONTANT DE LA CONDAMNATION PAR LES JUGES DU FOND

La Cour de cassation rappelle aux administrateurs la totale liberté dont disposent les juges quant au montant et à la répartition de la condamnation : « Le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable, sur le fondement de l'article L. 624-3 du code de commerce, même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et peut être condamné à supporter en totalité ou partie les dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles. »

L'insuffisance d'actif peut être mise à la charge de chaque dirigeant en tout ou partie dès lors qu'il est établi que son abstention fautive a contribué à l'insuffisance d'actif. Dès lors, le prononcé d'une condamnation in >>

» *solidum* de tous les administrateurs au montant total de l'insuffisance d'actif ou une répartition en relation avec la part contributive que le tribunal estimera devoir être mise à la charge de chaque administrateur au regard de sa faute, peut être envisageable suivant l'appréciation des faits.

Si le principe n'est pas critiquable en soi, car il devrait militer en faveur d'une adéquation aux faits de l'espèce et au comportement de chacun, on peut cependant regretter (en matière de sanctions contre les dirigeants sociaux comme dans d'autres matières) l'absence quasi-totale de motivation du quantum retenu par les juges dans la majeure partie des décisions rendues.

En l'espèce, la Cour de cassation, en réponse aux critiques formulés dans les trois pourvois formés contre la décision de la cour d'appel, retient que le président du conseil d'administration, qui apparaît avoir été à l'origine des difficultés de l'entreprise, a été plus lourdement sanctionné que les administrateurs, ayant été condamné seul à payer 4 000 000 € et en outre, *in solidum* avec les quatre autres administrateurs à régler la somme de 4 082 000 €. N'aurait-il pas été normal de sanctionner moins lourdement un administrateur entré au conseil plus récemment ? Ou doit-on justement considérer que ce nouvel administrateur aurait dû procéder à une analyse de la situation à son arrivée en apportant un regard extérieur et critique ? Autant de débats qui peuvent s'engager sur la part contributive de chacun.

En tout état de cause, tout justiciable condamné, tout dirigeant social condamné devrait pouvoir connaître les motifs qui ont conduit à la détermination du montant de préjudice mis à sa charge et dont il doit répondre sur son patrimoine personnel. Bien évidemment, la souscription d'une assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux (RCMS) pourra permettre au dirigeant de protéger son patrimoine et il est indispensable d'en rappeler l'intérêt ainsi que sa diffusion plus large depuis quelques années auprès de dirigeants de PME-PMI.

## LA NÉCESSITÉ POUR L'ADMINISTRATEUR D'ÉTABLIR SES DILIGENCES INDIVIDUELLES

Bien que l'arrêt commenté n'aggrave pas la situation de l'administrateur au regard de la décision rendue dans l'affaire du Crédit martiniquais du 30 mars 2010<sup>(7)</sup>, les deux décisions s'inscrivent dans un cadre global dont les administrateurs doivent tirer les enseignements.

En effet, par un arrêt du 30 mars 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation a consacré une présomption simple de faute pesant sur les administrateurs ayant participé « *par leur action ou leur abstention* » à une décision fautive du conseil d'administration (« *Commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision.* »). Cette décision impose par conséquent à chacun des administrateurs ayant participé à la décision critiquée de démontrer son absence de faute. Il s'ensuit que si l'on établit l'abstention fautive du conseil d'administration d'une SA, la faute en question pèse automatiquement et individuellement sur chaque administrateur qui devra alors être capable d'établir quels sont les actes précis qu'il a accomplis pour répondre à la situation critique de la société, en l'espèce, la création et l'accroissement de l'insuffisance d'actif.

Dans le cas de l'arrêt du 31 mai 2011, les juges ont caractérisé la

La souscription d'une assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux pourra permettre au dirigeant de protéger son patrimoine et il est indispensable d'en rappeler l'intérêt ainsi que sa diffusion plus large depuis quelques années auprès de dirigeants de PME-PMI.

faute du conseil d'administration consistant en une absence de réaction de la part d'administrateurs dont il a été établi qu'ils avaient connaissance de la situation alarmante de la société ou ne pouvaient l'ignorer. L'appréciation du comportement de l'administrateur se fera bien évidemment plusieurs années après le déroulement des faits et il est essentiel, même si cela peut apparaître comme une évidence, de rappeler l'importance probatoire de l'écrit ou de tout autre support durable équivalent.

C'est par la voie de l'écrit au travers des procès-verbaux des conseils d'administration enregistrant ses critiques et ses votes que l'administrateur pourra laisser une trace de son éventuel désaccord avec les décisions prises et des propositions qu'il aura pu formuler.

Avant même d'en arriver au stade ultime d'une éventuelle démission, il faut que les administrateurs sachent exprimer leur désaccord et en garder la preuve pour pouvoir s'exonérer d'une éventuelle présomption de responsabilité qui pourra ultérieurement peser sur eux. C'est bien évidemment une autre approche du rôle de l'administrateur au sein du conseil d'administration plus active et plus impliquée dans la gestion. La décision de la chambre commerciale du 31 mai 2011 nous apparaît militer en ce sens.

En conclusion, cet arrêt publié au bulletin de la Cour de cassation, ce qui souligne sa volonté de diffusion, n'est certainement pas une révolution, mais milite en faveur d'une évolution du rôle réel de l'administrateur dans la vie sociale, qui peut et doit faire entendre individuellement sa voix au sein du conseil d'administration. ■

(1) Cass. Com. 31 mai 2011 n° 09-13-975, 09-14-026, 09-16-522 et 09-67-661, F-P+B - *Jurisdata* n° 2011-010298.

(2) Tribunal de commerce de Montpellier, 22 août 2008.

(3) Cour d'appel de Montpellier 2<sup>e</sup> ch.civ., 3 mars 2009.

(4) *Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales* n° 13, juillet 2011, alerte 207 J.-C. Pagnucco; *BJS* 1<sup>er</sup> octobre 2011 n° 10, p. 817, B. Saintourens; *La Semaine juridique - Entreprise et affaires* n° 37, 15 septembre 2011, 1655, note A. Couret et B. Dondero.

(5) *La Semaine juridique - Entreprise et affaires* n° 37, 15 septembre 2011, 1655, note A. Couret et B. Dondero.

(6) *Gazette du Palais*, 8 octobre 2011, n° 281, p. 20, note T. Montéran.

(7) Com. 30 mars 2010, n° 08-17841, *Bull. civ.* 2010, IV, n° 69.