



Rigoureux et Créatif
Précis et Imaginatif

FICHE CONSEIL

La mise en responsabilité du dirigeant



Nos fiches conseils ont pour objectif de vous aider à mieux appréhender les notions
• **comptables** • **fiscales** • **juridiques** • **sociales** • **de gestion**



Annœullin
03 20 58 92 92

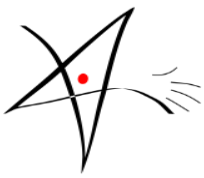
Gravelines - Dunkerque
03 28 23 19 24

Lens
03 21 78 55 68

Orchies
03 28 77 87 97

Seclin
03 20 90 04 02

Wasquehal
03 20 81 92 81



L'essentiel sur...

Les dirigeants de société ne doivent pas prendre leur rôle à la légère. En effet, leurs responsabilités civile et pénale peuvent être mises en cause dans le cadre de leur gestion.

Le dirigeant de société engage sa responsabilité tant à l'égard des tiers que des associés pour diverses raisons. Ce peut être le cas dans l'hypothèse d'un dépassement de ses pouvoirs ou d'une faute de gestion.

Mais qu'est ce que la faute de gestion... ?

Cette faute, qui tend de plus en plus à faire partie du quotidien du chef d'entreprise surtout dans cette période économiquement trouble.

La judiciarisation du monde des affaires pousse à rechercher de plus en plus souvent la responsabilité des dirigeants.

Les fautes du dirigeant apparaissent souvent à l'occasion de l'ouverture d'une procédure collective dont la société peut faire l'objet.

L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société n'est donc pas sans conséquences sur le chef d'entreprise. En effet, l'existence d'une personne morale ne fait pas écran à la responsabilité personnelle de ceux qui en exercent la direction.

Il faut donc que le dirigeant soit conscient des responsabilités qu'il prend lorsqu'il accepte ses fonctions, mais aussi lorsqu'il dirige une société sans mandat (c'est le cas du dirigeant de fait).

L'acceptation de la qualité de « dirigeant » de droit ou de fait, engendre un risque non négligeable de répondre sur son patrimoine propre, des dettes de la société.

Pour éviter de faire face à ce risque, il convient donc d'adopter un certain nombre de précautions.

TRIGONE
CONSEIL



La faute de gestion et ses conséquences

1. Qu'est ce qu'une faute de gestion ?

Alors que les actions en recherche de responsabilité se font de plus en plus courantes, la faute de gestion fait partie de ce que l'on appelle communément « le flou juridique ».

C'est une notion qui n'est pas définie par la loi, elle est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ce qui l'a rend d'autant plus angoissante pour le chef d'entreprise.

Au regard de la jurisprudence, **la faute de gestion est constituée par tout acte ou toute omission commis par un dirigeant de société qui peut s'analyser comme une erreur dans la direction de l'entreprise, une imprudence, une négligence ou une transgression des obligations légales ou des dispositions statutaires.**

L'analyse de la faute est faite au cas par cas par le juge en considération des faits réalisés par le dirigeant, par rapport au comportement normal d'un autre dirigeant dans une situation similaire.

La jurisprudence étant particulièrement importante, nous allons essayer de vous retranscrire par les exemples qui suivent les fautes de gestion les plus fréquentes :

- ▶ Le financement de travaux excessifs par rapport au besoin et à la situation de l'entreprise,
- ▶ La poursuite d'une exploitation déficitaire,
- ▶ Le sureffectif,
- ▶ Le paiement de dépenses personnelles du dirigeant par la société,
- ▶ La tenue d'une comptabilité incomplète ou irrégulière,
- ▶ Des emprunts manifestement supérieurs à la capacité financière de l'entreprise,
- ▶ L'absence de convocation des assemblées d'associés,
- ▶ Le défaut de déclaration de la cessation des paiements lorsque l'entreprise ne peut faire face au passif exigible avec son actif disponible,
- ▶ Le défaut de décision, quant à la décision de reconstitution des capitaux propres, dans le délai légal de deux ans suite à la constatation de la perte de la moitié des capitaux propres,
- ▶ La non-tenu d'assemblée et le non dépôt des comptes,
- ▶ La création d'une société sans étude préalable,
- ▶ L'usage des biens sociaux comme les siens,
- ▶ La conclusion d'un bail commercial dans des conditions préjudiciables à la société,
- ▶ Le défaut de surveillance du personnel,
- ▶ L'absentéisme d'un dirigeant,

Tous ces faits ont été qualifiés par différentes juridictions comme étant des fautes de gestion susceptibles d'entraîner la responsabilité civile ou/et pénale du dirigeant.

2. Les conséquences de la faute de gestion

La faute de gestion peut servir de fondement juridique à l'action en responsabilité civile et pénale.



La responsabilité civile

La faute de gestion permet d'engager une action en responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382 du code civil, dès lors que cette faute cause un préjudice à autrui.

Le dirigeant pourra donc être condamné à payer des dommages et intérêts au profit de « la victime ».

Le dirigeant pourra également voir sa responsabilité civile engagée sur le fondement des dispositions du code de commerce lorsqu'il cause un préjudice à sa société ou à ses associés.

Pour que la responsabilité civile du dirigeant soit engagée, il faudra que soient réunis et démontrés trois éléments cumulatifs :

- ▶ Une faute : infraction aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés, violation des statuts, ...
- ▶ Un préjudice : exemple : la faute de gestion du dirigeant a eu des conséquences financières pour la société,
- ▶ Et un lien de causalité : le préjudice doit avoir été causé au moins en partie par la faute.

Par ailleurs, l'article L.223-22 al.5 du Code de commerce nous précise qu'« aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ».

Cet article vient clairement nous dire ici que le « quitus » généralement donné au gérant par les associés lors de l'assemblée générale ordinaire annuelle est sans effet à cet égard.

Le dirigeant n'est donc pas protégé alors même qu'il reçoit l'agrément des associés de la société.

Mais sa responsabilité est tout de même limitée dans le temps, car le délai de prescription de l'action en responsabilité engagée contre un gérant est de trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation. (Article L.223-23 du Code de commerce)



Attention cette prescription de 3 ans ne s'applique qu'au dirigeant de droit. Le dirigeant de fait est soumis quant à lui à une prescription de 5 ans.

La responsabilité pénale

Le Code de commerce regorge de dispositions pénales applicables aux dirigeants.

Nous ne vous donnerons donc que quelques exemples afin d'illustrer au mieux en quoi la responsabilité pénale du dirigeant peut être engagée.

- ▶ **Présentation de comptes non-fidèles** : article L.241-3 3° du Code de commerce
« est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros...le fait pour les gérants, même en l'absence de toute distribution de dividendes, de présenter aux associés des comptes annuels ne donnant pas pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société. »

- ▶ **Abus de bien social** : Article L.241-3 4° du Code de commerce :
« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros...le fait pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

En effet, le gérant ne doit jamais confondre ses biens propres avec ceux de la société.



- **Abus de pouvoirs ou de voix** : Article L.241-3 5° du Code de commerce :
« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros...le fait pour les gérants, de faire de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».
- **Banqueroute**
Dans le cadre d'une procédure collective, pour les fautes les plus graves, le gérant peut être condamné pénalement pour banqueroute. Le délit de banqueroute est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.
Article L.654-2 du Code de commerce : « en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes...contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après :
- 1° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds
 - 2° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur
 - 3° Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur
 - 4° Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation
 - 5° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales. »

Comme nous avons pu le voir précédemment, la mise en responsabilité du dirigeant est très souvent possible, mais elle est encore plus accentuée lors de l'ouverture d'une procédure collective.

La faute de gestion dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective

Quand une procédure collective est ouverte à l'égard d'une société, le tribunal peut décider de mettre à la charge des dirigeants une partie des dettes sociales si ceux-ci ont commis une faute de gestion.

On entend par ouverture d'une procédure collective, la mise sous sauvegarde, en redressement ou liquidation judiciaire de la société.

La mise en responsabilité des dirigeants est de droit alors même que ceux-ci ne sont pas rémunérés pour leur mandat, et elle est étendue aux « dirigeants de fait ».

Cela veut dire que la personne qui se comporte comme le dirigeant, alors qu'il n'est pas titulaire d'un mandat de gérant ou de président, peut voir sa responsabilité engagée au même titre que le dirigeant « officiel ».

Il faut également savoir, qu'en cas de pluralité de dirigeants, comme lorsque l'on est en présence d'un collège de gérance dans une SARL, le tribunal peut par « décision motivée » décider de déclarer solidairement responsables les co-dirigeants (Article L.651-2 du Code de commerce).

Au-delà de la sanction financière qui peut atteindre un dirigeant lors d'une faute de gestion avérée, il y a la sanction de l'interdiction de gérer. Cette sanction est prévue par le code de commerce en son article L.653-2.

Il faut donc être vigilant quant au choix des personnes avec qui l'on décide de partager le pouvoir. Car les décisions de chacun et notamment les fautes de gestion qui peuvent en découler sont susceptibles d'engager la responsabilité de tous.



L'article L651-2 du code de commerce prévoit une action spéciale, exclusive de toute autre action en responsabilité civile, lorsque la faute de gestion est une des causes de la cessation de paiements de l'entreprise.

Le dirigeant qui a commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif peut être poursuivi par les organes de la procédure collective sur le fondement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif dans le cadre de la liquidation judiciaire.

Cette action a pour objet, en présence d'une insuffisance d'actif, d'obliger les dirigeants à supporter tout ou partie du passif social de la personne morale sur leur patrimoine personnel.

Nous pouvons donc noter ici que le pouvoir du juge est considérable car il peut décider après avoir caractérisé les fautes de gestion de ne pas condamner l'auteur, eu égard aux circonstances de l'espèce.

A l'inverse, le dirigeant peut être condamné à supporter en totalité les dettes sociales, alors même que sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles.

La sanction n'est donc pas forcément proportionnée à la faute commise.

Si le dirigeant condamné n'exécute pas la sanction, le tribunal peut prononcer à son encontre une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer une entreprise, comme nous l'avons vu plus haut.

La seule façon pour un dirigeant d'échapper à la sanction de faillite personnelle et d'interdiction de gérer une entreprise est de déposer le bilan le plus rapidement possible en cas de graves difficultés financières, et de bénéficier de ce fait à temps, de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde dans laquelle le dirigeant conserve l'administration de la société (Loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises).

Mais attention, cette procédure n'exonère pas le dirigeant de sa responsabilité s'il est prouvé que celui-ci a commis des fautes qui ont entraîné la déconfiture de la société.

Il faut savoir qu'en matière de faute de gestion, le cas le plus courant résulte d'un dépôt de bilan trop tardif, c'est-à-dire déclenché plus de 45 jours après la cessation de paiement.

En effet, par peur du dépôt de bilan le dirigeant peut insister et décider de poursuivre « coûte que coûte » l'activité.



Il va dans la plupart du temps accumuler des dettes dans l'espoir d'une reprise d'activité, souvent en vain.

Dans ce cas, la situation devient génératrice de faute de gestion et un associé lésé, par exemple, peut se retourner contre le dirigeant dont la responsabilité personnelle peut être engagée avec le risque d'être condamné à prendre en charge personnellement une partie du passif social.

Le meilleur moyen d'échapper à la mise en responsabilité du dirigeant est de surveiller de près et constamment un certain nombre d'indicateurs afin d'éviter toute faute qui pourrait être reprochée au dirigeant.

Comment éviter la faute de gestion ?

Comme nous avons pu l'observer, la faute de gestion peut coûter très cher au dirigeant, il est impératif pour celui-ci d'être vigilant quant à sa manière de gérer l'entreprise.

Pour se prémunir d'une faute de gestion, il faut donc que le dirigeant ait à l'esprit certains grands principes :



Le respect des statuts

Le non respect des dispositions légales et statutaires applicables à la société peut être considéré comme une faute de gestion. Le dirigeant doit donc mettre un point d'honneur à respecter les statuts ; ce qui comprend le respect des délais et de la forme des convocations ainsi que la bonne tenue des assemblées. Il doit également respecter les clauses qui exigent l'autorisation préalable des associés ou des actionnaires avant de prendre toute décision d'ordre stratégique.

La conservation de preuves

Afin de faire face, le cas échéant, à une accusation de faute de gestion, le dirigeant doit être vigilant et conserver l'ensemble des preuves qui l'ont encouragé à prendre une décision.

Il peut s'agir par exemple d'une étude de marché et de manière générale de toutes traces écrites (courrier, fax, mails...) qui ont pu l'amener à une décision qui pourrait lui être reprochée par la suite.

L'adéquation de sa rémunération avec les résultats de la société

La période de crise économique dans laquelle nous sommes, doit inciter le dirigeant d'entreprise à être extrêmement rigoureux sur sa rémunération.

Celle-ci ne doit être ni abusive ni disproportionnée. Elle doit être en accord avec les possibilités financières de la société afin qu'elle ne soit pas considérée comme étant une faute de gestion.

En effet, il doit tenir compte de la situation de la société et la modifier le cas échéant.

La mise en place de procédures de contrôle

Le dirigeant d'entreprise doit disposer d'indicateurs (rentabilité, trésorerie, etc...) pour piloter son entreprise. Mais il peut aussi mettre en place des procédures de contrôle pour détecter d'éventuelles erreurs ou fautes.

Il faut que l'efficacité de ces procédures de contrôle soit régulièrement vérifiée par les services internes de la société ou des organes externes (auditeurs, Commissaires aux Comptes, etc...).

Ce dispositif sera positivement apprécié par un juge face à un dirigeant mis en cause.

La mise en place de charte éthique

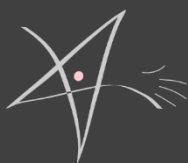
Pour les sociétés qui ont les moyens de développer ce type d'indicateur, il faut essayer de les mettre en place le plus souvent possible car c'est un élément pris en compte par le juge en cas de défaillance de la société et pour la mise en cause du dirigeant dans le cadre de la faute de gestion.

Cela se matérialise par la rédaction d'un code de bonne conduite, d'éthique ou encore par la souscription à celui d'une fédération professionnelle.

Garder une gestion active de la société

Les dirigeants inactifs peuvent être amenés à supporter une faute de gestion ; si un co-gérant laisse l'autre libre de tout faire sans contrôle, sa responsabilité peut être engagée.

En effet, lors par exemple du détournement de fonds par un des gérants, il pourra être reproché à l'autre gérant son inactivité ou de s'être désintéressé de l'entreprise.



En synthèse...

Pour éviter la faute de gestion, il faut tout simplement : **Etre raisonnable...**

De manière générale on ne peut que conseiller en cette période économiquement instable, d'être ultra raisonnable quant à sa rémunération mais aussi quant à ses prises de positions stratégiques.

Le dirigeant doit également être raisonnable quant à la poursuite de l'activité de la société. Et prendre les décisions qui s'imposent comme l'augmentation de capital si la société a perdu plus de la moitié de ses capitaux propres, ou encore déclarer sa cessation des paiements dans les temps lorsque la société n'est plus en mesure de faire face à ses échéances.

Le dirigeant doit organiser sa gestion afin de se protéger de toute faute qui pourrait être qualifiée de faute de gestion.

Nous vous conseillons donc de suivre ces quelques pistes de surveillance afin de ne pas voir votre gestion mise en cause par le tribunal.

En effet, l'analyse de la jurisprudence révèle que l'éventail des fautes de gestion retenues à l'encontre des dirigeants est vaste, allant de la simple négligence ou imprudence, aux manœuvres frauduleuses caractérisées.

Les tribunaux n'exigent pas un acte positif. La faute est souvent constituée par la passivité des dirigeants.

La faute de gestion est un risque souvent méconnu du dirigeant. Il doit donc être prudent dans la mesure où les conséquences sont souvent dramatiques.

En effet, cela peut aller jusqu'à la perte du patrimoine et de la fortune personnelle du dirigeant. Mais cela peut aussi avoir des conséquences plus insidieuses.

Le dirigeant est souvent très marqué sur le plan professionnel, familial et personnel par la mise en cause d'une vie de travail et d'une réputation professionnelle.

La qualification d'une faute en faute de gestion n'est donc pas sans effets. Mais le spectre de la faute de gestion ne doit pas paralyser l'entrepreneur.

Le dirigeant doit juste garder à l'esprit les risques inhérents à sa gestion afin que son esprit d'entreprendre ne l'entraîne pas devant les tribunaux.

Nous restons bien entendu à votre entière disposition pour vous aider afin que votre gestion ne soit remise en cause ni par des tiers ni par vos partenaires.