

Responsabilité des dirigeants : la Chambre commerciale définit la faute séparable des fonctions

Alain Lienhard

On ne saurait certes parler vraiment de revirement, la première phrase de l'attendu de principe l'interdit. Mais d'infléchissement significatif quand même, comme y incite la deuxième phrase. Une certitude d'emblée : la solution soigneusement soupesée par la Cour de cassation est destinée à faire jurisprudence. Rédigée en termes généraux, elle concerne évidemment tous les dirigeants : gérant de SARL, administrateur et directeur général de sociétés anonymes (et potentiellement gérant de société civile sous réserve que les formations civiles l'adoptent à leur tour). Cinq ans après, l'arrêt du 20 mai 2003 prend donc le relais de celui du 20 avril 1998 (qui, portant cassation, lui, affichait le double visa des articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966 : Cass. com., 28 avr. 1998, D. 1998, IR p. 136  ; D. Affaires 1998, p. 1008, obs. A. L. ; Rev. sociétés 1998, p. 767, note B. Saintourens  ; RTD com. 1998, p. 623, obs. B. Petit et Y. Reinhard  ; Bull. Joly 1998, p. 808, note P. Le Cannu ; JCP 1998, II, 10177, note D. Ohl) et constitue désormais la référence en matière de responsabilité personnelle des dirigeants de société à l'égard des tiers. Telle est d'ailleurs manifestement le souhait de la Cour de cassation elle-même qui, sitôt rendue, a diffusé sa décision *via* son site internet.

L'*aggiornamento* est patent. Et d'autant plus remarquable qu'il touche une des positions les plus critiquées de la Chambre commerciale.

Remontant au début des années 80 et consacrée avec force à la fin des années 90, l'exportation du droit administratif au droit des sociétés du concept de faute détachable ou faute séparable peut s'expliquer, pour peu qu'on ne regarde pas la lettre des textes (les articles L. 223-22 et L. 225-251 du code de commerce), par des raisons tant techniques que d'opportunité juridique. Très protectrice du dirigeant, la notion de faute détachable découlerait au premier chef de la personnalité morale de la société : seule celle-ci serait en principe engagée par les conséquences des actes accomplis par le biais de ses organes. Mais, au-delà, on imagine bien que les hauts magistrats ont voulu préserver les dirigeants des conséquences concrètes extrêmement graves de la reconnaissance de leur responsabilité personnelle, puisque alors ceux-ci se retrouvent inéluctablement coresponsables *in solidum* avec la société, autrement dit tenus à réparation intégrale envers les victimes (R. Besnard Goudet, La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers, D. 2002, Chron. p. 1821 ). Ce que confirmait dès 1998 le rapport de la Cour suprême, explicitant qu'il s'agit de mettre « à l'abri le dirigeant d'actions en responsabilité abusives, qui ne sont bien souvent que le palliatif recherché à la défaillance de la société » (J.-P. Métivet, Rapport de la Cour de cassation pour 1998, p. 111).

Et c'est sans doute cela qui ne semblait plus acceptable, surtout après que les affaires *Enron* et autres plus hexagonales eurent exacerbé la conscience des effets pervers de la quasi-irresponsabilité des dirigeants. Car, c'est vrai, la condition de la faute séparable n'est pas seulement critiquable sur le plan théorique en ce que les textes ne la prévoient nullement. Elle l'est aussi en ce que, à la lettre, elle ne s'intéressait pas à la gravité de la faute, mais à son « extériorité » à la fonction de dirigeant (V. Wester-Ouisse, Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant séparable de ses fonctions, D. Affaires 1999, p. 782 ; G. Auzero, L'application de la faute personnelle détachable des fonctions en droit privé, D. Affaires 1998, p. 502). Focalisation d'autant plus choquante sur le plan de l'éthique des affaires que la jurisprudence l'a mise en oeuvre de manière fort étroite. Peu de décisions des juridictions du fond, ainsi, ont prononcé des condamnations sur le fondement de cette théorie, la Cour de cassation, quant à elle, n'en ayant, semble-t-il, avalisé qu'une seule - à l'encontre

d'un gérant de SARL coupable de corruption - par un arrêt du reste non publié au *Bulletin* (Cass. 1re civ., 6 oct. 1998, RJDA 1998, n° 1362).

De surcroît, l'idée a fait son chemin ces derniers temps que le système risque de se retourner contre ceux même qu'il tend à ménager. Entravées dans leur action sur le terrain civil, les victimes n'en sont que plus que enclines encore à agir au pénal. Et l'on sait combien la multiplication des plaintes avec constitution de partie civile - fussent-elles souvent sans suite - perturbent la vie des sociétés. D'où la suggestion de plus en plus souvent entendue de repenser, en fait d'assouplir, les conditions d'engagement de la responsabilité civile des dirigeants afin de desserrer « l'étau » pénal en même temps que de faire taire le sentiment d'irresponsabilité de ceux-ci (V., dernièrement, F. Descorps Declère, Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, RTD com. 2003, p. 25 .

S'agissant d'une question d'intérêt général, la tâche en reviendrait normalement à la loi. Rien, toutefois, ne permet de penser que le législateur ose prochainement s'emparer de cette délicate question (sujet guère moins explosif que le « tabou » de l'abus de bien sociaux que le gouvernement a déclaré ne pas vouloir retoucher pour fixer les contours de l'incrimination et de la prescription, alors que sans doute précisément les deux problèmes devraient être traités de pair ; V. La Tribune, 14 mai 2003, p. 27). A moins qu'un premier pas sérieux ne soit franchi, de manière un peu subreptice, du côté, là, non de la faute du dirigeant, mais du dommage de la victime, si d'aventure (peu probable) le Parlement adoptait finalement le redoutable amendement voté par l'Assemblée nationale (contre l'avis du garde des sceaux) en deuxième lecture du projet de loi de sécurité financière, qui tend à remettre en cause la position de la jurisprudence en disposant que l'action en responsabilité civile exercée par un actionnaire individuel vise à réparer le préjudice propre qu'il a subi en cas de faute de gestion (D. 2003, p. 1347, 10°). Ou encore que les directives annoncées le 21 mai par la Commission de Bruxelles en matière de *corporate governance* (D. 2003, p. 1490) ne contraigne le législateur français à sortir de son immobilisme.

Toujours est-il que ce salutaire (quoi que mesuré) assouplissement vient aujourd'hui de la Cour de cassation elle-même. Après avoir rappelé, en des termes identiques, le principe de la soumission de la responsabilité personnelle du dirigeant à la preuve par le tiers d'une faute séparable de ses fonctions, la Chambre commerciale ajoute aussitôt cette précision essentielle, selon laquelle « il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ».

L'affirmation est doublement remarquable. D'abord, pour la première fois, la Cour de cassation ébauche, dans un arrêt, une définition de la faute séparable. Ensuite, et surtout, au lieu de mettre l'accent sur des critères « objectifs » relevant de la position du dirigeant par rapport à la société lors de l'accomplissement de l'acte dommageable (par exemple, le dépassement de l'objet social), elle le place sur des critères plus « subjectifs » tirés du comportement du dirigeant, comme le préconisaient d'ailleurs certains auteurs (V. Wester-Ouisse et G. Auzero, préc.).

Quoi qu'il en soit, les dirigeants devraient rester protégés pour toutes leurs fautes relevant de l'imprudence, voire de l'incompétence ; la notion demeure donc bien plus étroite encore que celle de faute de gestion qu'emploient les articles L. 223-22 et L. 225-251. C'est en somme un rééquilibrage que l'arrêt du 20 mai 2003 opère. En un sens, on pourrait même dire que la Cour de cassation n'innove pas vraiment. Que, si elle n'avait jamais encore jugé de la sorte, elle l'avait déjà envisagé. Dès 1998, en effet, la Haute juridiction expliquait dans son Rapport annuel (p. 111), sous la plume du haut conseiller Métivet, que « seules les fautes commises pour des mobiles personnels (recherche de son propre intérêt, animosité à l'égard de la victime, vengeance ...) ou peut-être, encore, d'une gravité exceptionnelle excluant l'exercice normal des fonctions peuvent engager la responsabilité personnelles des dirigeants ». Mais aucune décision jusqu'ici n'avait donné de traduction jurisprudentielle à cette prise de position doctrinale. Si bien qu'il n'était pas exagéré de parler de « faute introuvable » (note D. Ohl, préc.).

L'évolution que marque le présent arrêt est d'autant plus frappante qu'elle survient dans une

affaire où la cour d'appel avait condamné le dirigeant. Aussi, le principe nouvellement affirmé se voit-il aussitôt positivement mis en œuvre, ce qui nous donne du coup un premier exemple de faute détachable intentionnelle et particulièrement grave. Les circonstances de l'espèce - d'une relative banalité - montrent d'ailleurs bien, sous forme d'une alternative, à quelle impasse conduisait l'absence d'égards au comportement du dirigeant : soit l'irresponsabilité de ce dernier, soit sa condamnation en porte-à-faux avec l'acception commune de la « détachabilité ». Il s'agissait ici d'une double cession de créances, manoeuvre certes frauduleuse, mais non étrangère, au sens strict du terme, à la fonction de dirigeant social. A la différence des agissements effectués dans l'intérêt personnel du dirigeant, qui, eux, posaient moins sérieusement problème. Ou alors en théorie seulement, car concrètement les juges du fond avaient alors tendance à limiter la portée de la position de la Cour de cassation en qualifiant assez largement les comportements fautifs de « fautes personnelles » - plutôt que d'oser les qualifier de « fautes détachables » (V. R. Besnard Goudet, préc. ; J. Monnet, obs. Paris, 22 mars 2002 : Dr. sociétés 2002, n° 178).

La Cour d'appel de Paris, au demeurant, avait déjà sanctionné la pratique frauduleuse de double mobilisation (CA Paris, 13 nov. 1996, Dr. sociétés 1997, n° 33, obs. D. Vidal, et n° 39, note T. Bonneau). Maintenant, pour ce type de manoeuvres, et d'autres du même genre, les magistrats sauront que, fussent-elles menées dans « l'intérêt » (dans la mesure, bien sûr, où un acte illicite pourrait coïncider avec l'intérêt social), et non directement dans l'intérêt personnel du dirigeant, ce dernier pourra être jugé civilement responsable à l'égard des victimes. Il aura fallu plus de vingt ans pour parvenir à cette conclusion d'élémentaire morale : frauder (très gravement) ne relève pas de l'exercice normal des fonctions de dirigeant. C'est dire enfin que le dirigeant ne peut plus mentir dans l'intérêt social (V. P. Le Cannu, note préc.).

Mots clés :

SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE * Gérant * Responsabilité * Faute de gestion * Faute séparable des fonctions * Définition