

# PÉRIODE SUSPECTE, RESPONSABILITÉS ET SANCTIONS

## 135 L'inaction fautive des administrateurs sanctionnée au titre de la responsabilité pour insuffisance d'actif

*Par cet arrêt du 31 mai 2011, publié au Bulletin, la Cour de cassation confirme que les administrateurs doivent toujours être considérés, même après la loi NRE, comme des dirigeants de droit. Elle a également rappelé que la passivité des membres du conseil d'administration, qui n'ont pas pris les mesures adéquates pour faire cesser la poursuite d'une activité déficitaire, peut constituer une faute individuelle susceptible d'engager leur responsabilité en cas d'insuffisance d'actif.*

Responsabilité pour insuffisance d'actif – Administrateurs – Dirigeants de droit –  
Faute de gestion par abstention

**V. également :** I. Parachkévova, « Insuffisance d'actif, société anonyme et loi NRE : les administrateurs sont-ils des dirigeants de droit ? » : LEDEN juill. 2011, p. 5, n° 114

Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975, n° 09-14026, n° 09-16522 et n° 09-67661 (F-P+B)

### LA COUR

[...] Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'en application des dispositions de l'article L. 225-35, alinéas 1<sup>er</sup> et 3, du Code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, le conseil d'administration 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 cour d'appel en 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 ; que le moyen n'est pas fondé ; [...]

Mais attendu que toute faute de gestion pouvant être retenue, l'arrêt relève que MM. D, X et E avaient été avisés, dès le 7 février 2002, par une note de M. A, autre administrateur, qu'il démissionnait de ses fonctions en raison de l'absence de lisibilité des comptes sociaux et des réponses évasives du président du conseil d'administration, ce qui aurait dû éveiller leurs soupçons, que lors de la réunion du conseil tenue le 11 février 2002, ils ont été informés qu'une procédure

d'alerte avait été déclenchée le 11 janvier précédent par les commissaires aux comptes, ce dont il résulte la révélation de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, qu'au cours de la même réunion, le président a décrit la situation de la trésorerie comme extrêmement tendue, que, malgré ces informations de nature à les renseigner sur le caractère alarmant, voire catastrophique, de la situation des sociétés débitrices, les administrateurs, qui ont un devoir de contrôle et de surveillance et disposent de pouvoirs à cette fin, n'ont eu aucune réaction, que cette abstention s'est renouvelée lors des séances des 4 et 21 mars 2002, ne cessant que le 13 mai 2002 et que cette faute a eu pour conséquence la poursuite de l'exploitation déficitaire d'une entreprise en état de cessation des paiements ; que, par ces constatations et appréciations, qui répondent aux conclusions évoquées en les écartant et font ressortir que les administrateurs devaient exiger du représentant légal des sociétés débitrices qu'il déclare la cessation des paiements sans attendre, comme il a fait, le 12 juillet 2002, la cour d'appel a pu décider que MM. D, X et E avaient, par leur absence totale et prolongée de réaction, commis une faute de gestion ; que le moyen n'est pas fondé ; [...]

## NOTE

Un administrateur est-il toujours, même après la loi NRE du 15 mai 2001, un dirigeant de droit ? Dès lors, sa passivité peut-elle être sanctionnée dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif ? Dans un arrêt de principe du 31 mai 2011<sup>1</sup>, publié au *Bulletin*, la chambre commerciale de la Cour de cassation répond par l'affirmative. Cette solution, rendue sur le fondement de l'article L. 624-3 ancien du Code de commerce, est parfaitement transposable sous l'égide de l'article L. 651-2 issu de l'ordonnance de 2008<sup>2</sup>.

En l'espèce, un liquidateur avait assigné plusieurs administrateurs de sociétés débitrices en comblement du passif. Il leur reprochait de ne pas avoir pris les mesures adéquates pour stopper la poursuite d'une activité déficitaire. Dans leur pourvoi, les défendeurs faisaient observer qu'ils avaient perdu la qualité de dirigeants de droit depuis la loi NRE. Ils soutenaient également que leur inaction résultait uniquement de leur ignorance des difficultés.

### I - Les administrateurs, dirigeants de droit

Depuis longtemps, la solution avait été affirmée par la Cour de cassation, appuyée par une doctrine avisée<sup>3</sup> : les administrateurs sont des dirigeants de droit. Cela étant, se posait la question de savoir si les modifications introduites par la loi NRE n'avaient pas modifié la donne.

La loi NRE a créé la possibilité de dissocier présidence du conseil d'administration et direction générale. Avant 2001, tant le conseil d'administration que le président directeur général étaient investis des « pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ». Depuis la loi NRE, en cas de dissociation, seul le directeur général conserve le bénéfice de la formule antérieure. De ce fait, les demandeurs au pourvoi soutenaient que le conseil d'administration « ne dispos[ait] plus que de pouvoirs limités ne relevant pas de la direction de la société » et que ses membres, privés de ce pouvoir, n'avaient donc plus la qualité de dirigeants de droit.

On pouvait en effet se demander si un administrateur dépourvu de pouvoir de représentation pouvait bel et bien commettre une faute de gestion<sup>4</sup>. Dans cette optique, les fonctions du conseil d'administration se rapprocheraient de celles dévolues au conseil de surveillance. À l'instar de ce dernier, pouvait-on considérer que le « nouveau » conseil d'administration était réduit à un organe de contrôle ? On sait bien que la Cour de cassation refuse de reconnaître aux membres du conseil de surveillance la qualité de dirigeant de droit (qui appartient au directoire)<sup>5</sup>.

Même si certains commentateurs avaient déjà mis en lumière la solution<sup>6</sup>, la Cour a levé toute ambiguïté. Il lui a suffi de rappeler les attributions du conseil d'administration définies au nouvel article L. 225-35 du Code de commerce, pour en déduire que les administrateurs doivent toujours être considérés comme des dirigeants de droit. Selon cet article, « le conseil d'administration [...] se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent ». Ces dernières attributions, semble-t-il, confèrent au conseil d'administration un pouvoir autonome de gestion.

L'arrêt commenté a également donné l'occasion à la Cour de cassation de préciser le régime de la responsabilité des administrateurs qui ont une attitude taquante.

### II - Faute de gestion par abstention et étendue de la sanction

La passivité de certains administrateurs est un phénomène ancien. Déjà, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, Zola stigmatisait, dans *L'argent*, l'attitude des administrateurs, qui, « triés parmi les plus obéissants et les plus décoratifs des actionnaires [...] n'étaient là que pour faire nombre et pour ramasser leur part, les jours de butin ». On aurait pu croire ce phénomène en voie de disparition avec les récentes réformes instituant notamment les administrateurs indépendants.

En effet, à la suite de nombreux scandales financiers, le législateur français est intervenu pour responsabiliser

- 1 V. not. D. 2011, p. 1551, obs. A. Lienhard ; JCP E 2011, 1533 ; P. Roussel Galle, « Les administrateurs n'échappent pas à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, même après la loi NRE ! » : Rev. sociétés 2011, p. 521.
- 2 A. Lienhard, préc.
- 3 P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2009, 3<sup>e</sup> éd., n° 687 et n° 742 et s.
- 4 I. Parachkévova, préc.
- 5 Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14045 ; D. 2005, p. 2071, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2006, p. 162, note F.-X. Lucas ; pour mettre en cause la responsabilité pour insuffisance d'actif des membres du conseil de surveillance, encore faut-il démontrer qu'ils se sont comportés en dirigeants de fait.
- 6 P. Le Cannu et B. Dondero, *op. cit.*, n° 742 et s. Les auteurs relèvent que, depuis la loi NRE, le conseil d'administration peut être « soit plus tourné vers la réflexion et le contrôle que vers l'action, ce qui le fait ressembler au conseil de surveillance », soit « exerc[er] activement son pouvoir d'auto-saisine et jou[er] un rôle direct dans la gestion ».

les administrateurs et favoriser les discussions au sein des conseils d'administration, conçus comme des organes collégiaux de décision. À cet égard, la création de l'administrateur indépendant joue un rôle clé. Il doit veiller à ce que les conseils ne soient pas une courroie de transmission de la volonté des actionnaires.

Dans cette conception, le conseil d'administration doit prendre les mesures indispensables pour protéger l'intérêt social et, en cas de difficultés, solliciter la nomination d'un mandataire *ad hoc*, d'un conciliateur ou encore l'ouverture d'une procédure collective.

On comprend dès lors mieux la jurisprudence constante de la Cour de cassation<sup>7</sup>, qui rappelle que l'inaction peut aussi constituer une faute de gestion, susceptible d'engager la responsabilité de l'administrateur en cas d'insuffisance d'actif.

L'arrêt commenté met en lumière les caractéristiques d'une telle faute par abstention. Les administrateurs avaient eu connaissance, à plusieurs reprises et pendant plusieurs mois, d'informations de nature à les renseigner sur le caractère alarmant, voire catastrophique, de la situation des sociétés. Ils avaient d'abord été avisés de la démission d'un autre administrateur en raison de l'absence de lisibilité des comptes sociaux, ce qui, notent les magistrats, « aurait dû éveiller leurs soupçons ». Par la suite, les administrateurs avaient été avertis d'une procédure d'alerte et de la situation de trésorerie « extrêmement tendue ». La Cour conclut que les administrateurs, qui « ont un devoir de contrôle et de surveillance et disposent de pouvoirs à cette fin » devaient exiger du représentant légal de la société qu'il déclare la cessation des paiements et

qu'ainsi, « par leur absence totale et prolongée de réaction, [ils ont] commis une faute de gestion ».

Il s'agit d'une responsabilité *in solidum*, mais la Cour doit prendre en considération la gravité de la faute de chacun des administrateurs. Ce caractère *in solidum* ne résulte pas du fonctionnement collégial du conseil d'administration mais bien de la caractérisation de comportements *individuels* fautifs (révélés par les procès-verbaux des réunions). Chaque administrateur qui participe à la prise de décision (ou à l'absence de décision) du conseil commet une faute individuelle susceptible de mettre en cause sa responsabilité, sauf à démontrer qu'il s'est opposé à cette décision<sup>8</sup>.

Deux cas de figure méritent une attention particulière.

L'administrateur indépendant a un rôle particulier, puisqu'il a justement été choisi pour avoir un comportement actif de surveillance et de gestion. Le simple fait qu'il ne soit pas intéressé aux résultats financiers de la société ne saurait l'exonérer de toute responsabilité, au contraire, puisqu'il a accepté de siéger au conseil d'administration.

*Quid* de la responsabilité de l'administrateur qui fait primer les intérêts de l'actionnaire et dont l'inaction s'explique par l'existence d'un conflit d'intérêts ? Classiquement, c'est le cas du dirigeant qui, de manière directe ou indirecte, est actionnaire de contrôle de la société. La problématique est similaire lorsque l'administrateur de la filiale est également dirigeant de la société mère. Sa responsabilité pourrait en effet être présumée. Il serait pour lui difficile de démontrer que, malgré sa double casquette lui donnant un accès privilégié à l'information, il pouvait légitimement ignorer la situation.

Reinhard Dammann  
Avocat au barreau de Paris  
Associé, Clifford Chance  
Chargé de cours à Sciences Po Paris

Mylène Boché-Robinet  
Avocat au barreau de Paris, Clifford Chance

<sup>7</sup> Voir par ex. Cass. com., 31 janv. 1995, n° 91-21548.

<sup>8</sup> Notamment en démissionnant de son mandat, si toutefois cette démission n'est pas tardive : Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547 et n° 08-21793 ; v. également Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841 ; JCP E 2010, 1416, note A. Courret.

# BULLETIN JOLY

## ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

ACTUALITÉ DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

### À LA UNE

#### CRÉANCIERS ET PROPRIÉTAIRES

**Inopposabilité des créances non déclarées,  
compensation de créances connexes et libération  
de la caution** → PAGE 258  
Note par Stéphane BRENA

#### PRÉVENTION ET TRAITEMENT AMIABLE

**La rémunération des mandataires *ad hoc*  
et des conciliateurs** → PAGE 283  
Doctrine par Jean-Bertrand DRUMMEN

#### PÉRIODE SUSPECTE, RESPONSABILITÉS ET SANCTIONS

**Détournement d'objet placé sous main de justice  
commis par un mandataire liquidateur sur des fonds  
bloqués dans le cadre d'une information judiciaire** → PAGE 276  
Note par Marie-Christine SORDINO

**JOLY**  
éditions

lextenso éditions