

**Henry DORBES**

Gérant Associé d'Acting-finances

Financier (MSG, DESS Finances), CPA et membre de la DFCG, il a passé près de 15 ans comme Directeur Administratif et Financier au sein de filiales de Groupes internationaux (US et Suédois) et de PME familiales dans la distribution et les services.

De 1999 à 2003, il a piloté l'introduction en bourse d'un groupe d'ingénierie et accompagné sa très forte croissance tant organique qu'externe. Il a notamment géré une quinzaine d'acquisitions et de fusions.

Spécialiste des outils de contrôle de gestion, de la maîtrise des coûts, du pilotage de la croissance et de son financement, il développe, depuis 2003, une activité de « Direction financière à temps partagé » au travers de la société **Acting finances**.

Les directeurs financiers d'Acting-finances interviennent, de façon très souple (quelques jours par mois...), très opérationnelle (dans l'entreprise, pour faire...) et en facturant des honoraires (il ne s'agit pas de multi salariat).

Cette forme d'externalisation de la direction financière s'adresse à plusieurs types d'entreprises :

- ▶ Les jeunes entreprises qui cherchent à financer et piloter leur croissance ;
- ▶ Les filiales de Groupes qui souhaitent fiabiliser leur reporting et améliorer leur rentabilité ;
- ▶ Les PME & PMI qui doivent conduire un projet spécial (fusion / acquisition, croissance, ERP, transmission,...) ou qui rencontrent des difficultés.

Acting
Direction financière à temps partagé

40, rue du Plateau
78210 Saint Cyr l'Ecole
01 34 60 42 47
06 74 78 47 99

acting@acting-finances.com

www.acting-finances.com

SARL au capital de 40 000 Euros
SIRET : 479 281 412 00011

Les risques pris par les dirigeants dans le cadre de leurs responsabilités

Chargé de la gestion de l'entreprise, au sens large, le directeur financier doit savoir cerner les responsabilités des dirigeants, mesurer les risques encourus et les limiter.

L'existence d'une personne morale (Société) ne fait pas écran à la responsabilité de ceux qui en exercent la direction. Ainsi, l'acceptation de fonctions de direction entraîne deux types de responsabilités : une responsabilité civile « RC » (Réparer un dommage) et une responsabilité pénale « RP » (Sanctionner une faute).

Dans le cadre de la « RC », on constate que les dirigeants sont traités différemment selon la situation de la société qu'ils dirigent :

- ▶ Si elle est « in bonis » (bénéficiaire), les mécanismes de « RC » ne fonctionnent pas pleinement et les mise en jeu sont plutôt rares ;
- ▶ Si elle fait l'objet d'une « procédure collective », les dirigeants voient leur responsabilité davantage engagée mais ils supportent plus une sanction que le coût de la réparation d'un préjudice.

L'évolution du droit conduit aujourd'hui à privilégier la responsabilité pénale « RP » ce qui alourdit inévitablement les risques pour les dirigeants.

1 – La responsabilité civile des dirigeants :

Conformément aux dispositions du code de commerce, les dirigeants sont responsables, individuellement ou solidairement, envers les associés ou envers les tiers :

- ▶ Des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables à la société ;
- ▶ De la violation des statuts de la société ;
- ▶ Des fautes commises dans leur gestion.

Pendant un temps, les tribunaux ont donné un plein effet à ces dispositions. Les juges retenaient la responsabilité personnelle des dirigeants et les sanctionnaient du fait de leurs agissements fautifs. Puis, la jurisprudence a considérablement limité la portée de ces textes en décidant, qu'à l'égard des tiers :

La responsabilité des dirigeants ne peut être engagée que si ces derniers ont commis une faute séparable de leurs fonctions et qui leur soit imputable personnellement.

En l'absence de faute séparable des fonctions, le tiers lésé doit engager la responsabilité de la société. A charge pour les associés de se retourner éventuellement contre le dirigeant.

2 – La notion de faute séparable des fonctions :

La notion de faute séparable des fonctions est une construction jurisprudentielle visant à protéger les dirigeants, des actions en responsabilité des tiers, derrière l'écran de la personne morale (Société) qu'ils représentent. Par un arrêt du 20 mai 2003, la Cour de cassation a précisé les critères de la faute

séparable des fonctions. Il faut :

- ▶ Une faute intentionnelle : Le dirigeant doit avoir conscience qu'il cause au tiers un dommage ;
- ▶ Une faute d'une particulière gravité : Les fautes d'imprudance ou de simple négligence ne permettent pas d'engager la responsabilité ;
- ▶ Une faute incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

Attention, il résulte de cet arrêt que la faute peut être considérée comme séparable des fonctions du dirigeant, alors même qu'il a agi dans l'intérêt de la société et non pas dans son intérêt personnel.

3 – La responsabilité civile vis-à-vis des tiers :

Tous les tiers (partenaires, fournisseurs, créanciers, voisins,...) peuvent rechercher la responsabilité des dirigeants (de droit ou de fait) lorsque la faute qu'ils leur reprochent est séparable de leurs fonctions. Elle est fondée sur le principe de la responsabilité délictuelle (C.Civil art. 1382). Dans la pratique, il est toutefois rarissime que les tribunaux retiennent la faute séparée des fonctions et les tiers auront plus de succès en agissant directement contre la société.

▶ Attention, lorsqu'un dirigeant outrepassa ses pouvoirs, aucune action n'est possible contre la société et la faute détachable des fonctions très difficile à prouver. D'où l'importance d'exiger d'un futur partenaire, avant la signature d'un contrat, la preuve écrite de ses pouvoirs...

▶ En revanche, si un dirigeant est condamné pénalement en raison d'une infraction, il ne pourra pas échapper à une condamnation civile en faisant valoir que sa faute n'est pas détachable de ses fonctions de dirigeant. Il devra payer des dommages et intérêts à la victime.

▶ Toutefois, la responsabilité d'un dirigeant ne peut être recherchée par un tiers en raison d'une faute civile commise par un salarié, dans le cadre de ses fonctions. La faute engage uniquement l'employeur, c'est-à-dire la société. (C'est le contraire en pénal !)

4 – La responsabilité civile vis-à-vis des associés :

Les dirigeants de droit de tout type de société peuvent aussi se trouver assignés par un ou plusieurs associés, leur reprochant d'avoir fait subir un préjudice à la société. Cette responsabilité repose sur le fondement de la

responsabilité contractuelle.

► Sont exclus les dirigeants de fait et les directeurs généraux délégués qui ne sont soumis qu'au droit commun.

► Dans le cas d'une procédure collective, les associés ne peuvent plus invoquer une faute de gestion qu'aurait commise le dirigeant. Ils ne peuvent donc pas engager une action en comblement de passif.

► L'action en responsabilité civile a pour but la réparation d'un préjudice. Si elle aboutit, elle se traduit par une condamnation du dirigeant à verser des dommages et intérêts :

- soit pour la société : C'est l'action sociale ;
- soit pour l'associé : c'est l'action individuelle.

► L'action en responsabilité se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation.

5 - La responsabilité civile découlant de la loi sur les procédures collectives :

Selon l'art. 180 de la loi du 25 janvier 1985, quand une procédure collective (redressement ou liquidation judiciaire) est ouverte à l'égard d'une société, le tribunal peut décider de mettre à la charge des dirigeants (de droit ou de fait, rémunérés ou non) tout ou partie des dettes sociales, si ceux-ci ont commis une faute de gestion.

C'est ce que l'on appelle « l'action en comblement de passif » qui généralement est limitée à la quote part de l'insuffisance d'actif générée par leur faute. Toutefois, la faute de gestion revêt un caractère flou et multiforme :

► La faute par commission : Elle réside dans la réalisation d'actes contraires à l'intérêt de la société. L'appréciation des juges se référera à la notion de « bon chef d'entreprise » c'est-à-dire aux mesures qu'aurait prises un dirigeant normalement avisé et diligent en pareille circonstance.

► La faute par omission : Elle réside dans l'attitude passive ou négligente des dirigeants : Ne pas tenter de prévenir une situation déficitaire ou l'absence de déclaration de cessation des paiements dans le délai de 15 jours.

Il est à noter que dans un arrêt du 29 avril 2004, la cour d'appel de Versailles a condamné une banque, en qualité d'administrateur de fait par personne interposée, en estimant qu'elle avait les plus grandes facultés contributives, indépendamment de la commission d'une faute ! La vigilance s'impose donc à tous.

Les sanctions de l'action en comblement de passif appliquées aux dirigeants

consistent pour la plupart à leur imposer le paiement d'une partie des dettes sociales. La procédure peut également être étendue à leurs biens personnels... Il peut aussi être prononcé à leur encontre une interdiction de diriger, gérer ou contrôler toute entreprise commerciale...

6 - La solidarité en matière fiscale :

En application de l'art. L.267 du livre des procédures fiscales, un dirigeant peut être condamné personnellement au paiement des impositions dues par la société, lorsque la faute invoquée a pour conséquence de rendre impossible leur recouvrement. Deux types de faute :

► L'existence de manœuvres frauduleuses : Ce sont celles qui ont pour but d'éviter la déclaration ou le paiement de l'impôt. Les erreurs et omissions involontaires du dirigeant ne suffisent pas à caractériser l'infraction (L'administration doit prouver l'intention...).

► L'inobservation grave et répétée des obligations fiscales : Absence ou retard de déclaration, déclaration minorée, accroissement exagéré de la dette fiscale... Il faut toutefois que l'impossibilité du recouvrement ne soit pas imputable à d'autres circonstances que celles reprochées à la société.

7 - La responsabilité pénale :

Tous les dirigeants peuvent se trouver concernés, y compris les dirigeants de fait. De nombreux risques existent :

► Les infractions au droit des sociétés : Il s'agit notamment des irrégularités dans les comptes, du versement de dividendes fictifs, d'infractions à la constitution ou au fonctionnement des sociétés...

► Les infractions au droit du travail : Il s'agit notamment des accidents du travail, de la dissimulation d'emploi, du prêt de main d'œuvre, du travail au noir, du délit d'entrave, du non paiement du précompte des cotisations salariales, des atteintes à la personne...

► Les infractions commises par un salarié : Même dans le cas où ni les dirigeants, ni le salarié n'aurait eu conscience de commettre une infraction, au titre de leur fonction, les juges peuvent estimer que les dirigeants sont fautifs de ne pas avoir veillé au respect des lois et réglementations (de plus en plus nombreuses) au sein de leur entreprise.

► Les infractions commises par un dirigeant pour son intérêt personnel : Il s'agit notamment de l'abus de biens sociaux « ABS », de la concurrence déloyale d'un ancien dirigeant...

► Les infractions au droit commercial : Il s'agit notamment de l'entente et de l'abus de position dominante, de la revente à perte, du refus de vente, des prix imposés, du délit de contrefaçon, de la publicité

mensongère, de la corruption...

► Les infractions de droit commun : Il s'agit notamment de l'escroquerie, de l'abus de confiance, du recel, du blanchiment, de la discrimination, des atteintes au secret professionnel, de la diffamation, du faux et usage de faux, de la banqueroute...

Il est à noter que la loi « NRE » a supprimé de nombreuses infractions pénales formelles et les a remplacées par des injonctions de faire sous astreinte.

La sanction peut aller jusqu'à une amende de 375 K€ et 5 ans d'emprisonnement.

La prescription est triennale et court à compter du jour où le délit a été constaté et a permis l'exercice de l'action publique.

8 - Comment réduire les risques :

Le dirigeant dispose de plusieurs leviers pour tenter de se protéger :

► La délégation de pouvoirs : Elle n'est efficace que lorsque l'entreprise est hiérarchisée ou lorsque certains de ses services sont décentralisés. Elle est donc pratiquement inapplicable dans une « TPE ». Elle constitue pour le dirigeant le seul moyen de s'exonérer de la « RP » qu'il encourt du fait des infractions pénales constatées dans le cadre de l'activité de l'entreprise. Le délégataire doit répondre à certains critères... et la délégation de pouvoirs doit être rédigée par écrit en précisant son étendue.

► L'assurance responsabilité civile : Elle couvre généralement tous les dirigeants, y compris les dirigeants de fait. Elle concerne essentiellement les fautes de gestion qui pourraient conduire à la condamnation du dirigeant soit à la demande des associés, soit à la suite d'une action en comblement de passif.

En revanche, sont exclus :

- Les fautes intentionnelles qui sont définies de façons étroites et supposent la volonté de causer le dommage et pas seulement d'en créer le risque ;
- Le risque de solidarité fiscale tel que présenté ci-dessus ;
- La responsabilité pénale et notamment les amendes et condamnations consécutives à une faute du dirigeant qui a été sanctionnée pénalement.

► Orienter les poursuites contre la société : Pour certaines infractions, la loi a prévu la responsabilité pénale de la personne morale, derrière laquelle le dirigeant peut tenter de se retrancher...

► Bien connaître ses responsabilités et maîtriser les risques liés : Les dirigeants doivent rester très vigilants dans l'accomplissement de leur mission et, surtout, réaliser régulièrement un audit des risques tant personnels que pour la société.

Cet article est un travail de synthèse réalisé par l'équipe d'Acting-finances. Nos experts peuvent mener un audit des risques spécifiques liés à vos fonctions et à votre activité...