

Que reste-t-il de la responsabilité des dirigeants après la fin de leurs mandats ?

Chaque dirigeant, lorsqu'il prend ses fonctions, a pour réflexe naturel de se demander quelle sera la nature des responsabilités qui pèseront sur lui pendant son mandat et de chercher à atténuer les conséquences de ces responsabilités en se faisant assurer au titre de ses fonctions sociales.

Plus rares sont les dirigeants qui, lorsqu'ils sont amenés à cesser leurs fonctions pour diverses raisons, se posent la question de savoir ce qu'il en sera de ces responsabilités à compter de la cessation de leurs fonctions.

Or le départ des anciens dirigeants n'a pas pour effet de mettre les compteurs à zéro en ce qui concerne les responsabilités qui pesaient sur eux. En fonction de la nature de ces responsabilités, l'ancien dirigeant est exposé, parfois bien longtemps après la cessation de ses fonctions, à des responsabilités du fait de l'exercice de son mandat.

En matière de responsabilité civile,

◆ le dirigeant d'une société *in bonis* est responsable envers la société, les associés et les tiers, des violations des dispositions législatives et réglementaires applicables aux sociétés qu'ils dirigent, de la violation des statuts de la société et des fautes commises dans leur gestion.

Les titulaires de ces actions en responsabilité sont la société (par l'intermédiaire de ses organes sociaux), le cessionnaire des droits sociaux de la société (lorsque le départ du dirigeant est concomitant à une cession de contrôle de l'entreprise qu'il dirigeait), un associé minoritaire de la société (si le préjudice invoqué est différent de celui subi par la société) et enfin un tiers (lorsque la faute du

dirigeant est détachée ou séparée des fonctions de mandataire social¹).

◆ le dirigeant d'une société connaissant des difficultés financières (sous le régime modifié des procédures collectives²) peut faire l'objet d'une action pour insuffisance d'actifs si une faute, notamment de gestion, peut lui être reprochée dans le cadre d'une liquidation judiciaire de la société.

Cette action pour insuffisance d'actif à l'encontre du dirigeant s'inscrit dans le cadre d'une recherche de responsabilité par le juge pour déterminer si le dirigeant en question a commis une faute de gestion ou s'est rendu coupable de fautes d'une particulière gravité assimilables à des fautes de gestion, à l'origine de l'insuffisance d'actif.

Selon les tribunaux, ces actions en responsabilité peuvent être menées à l'encontre d'anciens dirigeants de la société en liquidation, même s'ils ont quittés leurs fonctions avant le prononcé du jugement, et même avant la date de cessation des paiements. Peu importe la raison pour laquelle il a cessé d'exercer son mandat, dès lors que les délais de prescription n'ont pas expirés.

◆ Pour les dirigeants de SARL, les administrateurs et membres du Conseil de surveillance des sociétés anonymes, les dirigeants des sociétés en commandite par actions et les dirigeants de SAS, la prescription est en principe de trois ans. Ce délai peut être porté à dix années lorsque la faute peut être qualifiée de crime.

¹ Si la faute n'est pas détachée ou séparée des fonctions, le tiers ne pourra agir que contre la société et non à l'encontre du dirigeant personnellement.

² Pour les procédures ouvertes à compter du 15 février 2009.

Le point de départ du délai de prescription court du jour de la commission de la faute ou du jour de sa révélation lorsqu'elle a été dissimulée.

◆ Pour les autres dirigeants, la prescription devrait être de cinq ans, conformément au nouvel article 2224 du Code civil. Le délai de prescription commence à courir lorsque le titulaire de l'action connaît ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action.

En matière de responsabilité pénale,

◆ les dirigeants peuvent être mis en cause pour diverses infractions relevant du droit pénal commun (telles que l'abus de confiance et l'escroquerie), du droit pénal des sociétés (telles que l'abus de bien social, l'abus de pouvoirs ou des voix, la distribution de dividendes fictifs, la présentation de comptes infidèles, ...) et des droits propres à l'activité exercée par la société (infractions liées à l'activité réglementée, infractions au droit de l'environnement, au droit du travail, ...).

◆ Pour les infractions autres que l'abus de bien social, le délai de prescription varie en fonction de la nature de l'infraction : un an en matière de contravention, trois ans en matière de délit et dix ans en matière de crime, à quelques exceptions près.

Le point de départ du délai de prescription de l'action publique se situe le lendemain du jour de la commission de l'infraction ou du jour où celle-ci a été révélée en cas de dissimulation. Ceci étant, la définition du jour de l'infraction varie en fonction de la nature de l'infraction et le jeu des suspensions de délai de prescription tendent, d'une manière générale, à rallonger le délai de prescription.

◆ Pour les abus de biens sociaux, le délai de prescription reste celui de trois ans. Cependant, son point de départ est fixé à la date de présentation des comptes annuels dans lesquels figurent les dépenses mises indûment à la charge de la société, sauf dissimulation.

Enfin en matière de responsabilité fiscale,

le dirigeant peut être personnellement tenu des impôts et pénalités dus par la société qu'il dirige si le recouvrement a été rendu impossible du fait de ses manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales de la société.

Ainsi, force est de constater que la cessation des fonctions d'un ancien dirigeant ne met pas un terme à d'éventuelles recherches en responsabilité.

Ceci étant, il existe quelques moyens, certes limités, permettant de limiter la portée des actions en responsabilité.

Dans un cas où la cessation des fonctions du dirigeant s'accompagne de la cession des droits sociaux de l'entreprise que ce dernier dirigeait, il est possible d'obtenir du cessionnaire, une renonciation à exercer une action en responsabilité contre le cédant-dirigeant. Cette renonciation a toutefois une portée limitée puisqu'elle n'empêchera pas une action de la société à l'encontre de son ancien dirigeant, ni une action en responsabilité d'un associé minoritaire.

A noter que la pratique du quitus donné lors de l'approbation des comptes de la société n'est pas efficace notamment parce qu'elle est contraire aux articles L.223-22, al.4 et L.225-253 al.1er du Code de commerce qui disposent que toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action est réputée non écrite.

En matière pénale, le dirigeant peut espérer voir sa responsabilité écartée lorsqu'il rapporte la preuve que les faits ont été en réalité commis par une autre personne à qui il avait consenti une délégation de pouvoirs répondant à certains critères jurisprudentiels (autorité du délégataire, compétences techniques, expérience, moyens suffisants) et dès lors que ledit dirigeant n'est pas considéré comme

complice de l'infraction ou que l'infraction ne résulte pas d'une mauvaise organisation de la société.

Enfin, en matière fiscale, le mécanisme de la délégation de pouvoirs permet au dirigeant délégué de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il n'a pas exercé son pouvoir de direction.

Le dirigeant qui quitte ses fonctions ne se débarrasse pas pour autant du poids des responsabilités qui pesaient sur lui du fait de son mandat.

La connaissance de l'existence de cette épée de Damoclès pesant sur lui et sur son patrimoine personnel, le temps de l'extinction des prescriptions applicables, permet aux anciens dirigeants ainsi éclairés, de mieux se protéger.

Le 18 février 2010

*de Frédéric Ichay, Avocat Associé,
Département Droit des Affaires du Cabinet
Ichay & Mullenex Avocats.*

Le cabinet Ichay & Mullenex Avocats est spécialisé dans la gestion des problématiques juridiques liées à l'activité des entreprises de nouvelles technologies et de développement durable. Il conseille ainsi de nombreux acteurs du e-commerce, de l'informatique, des médias, des télécoms et de la recherche dans la gestion de leurs affaires au quotidien, pour leurs projets de croissance interne ou externe et leur développement à l'international. L'ensemble des avocats du cabinet Ichay & Mullenex Avocats a reçu une double formation en complétant leur formation française soit par une formation à l'étranger soit par une formation en école de commerce. Chacun d'entre eux est tourné vers la nouvelle économie et la mondialisation des échanges accompagnant leurs clients avec une vision pragmatique de la vie des affaires.

5, rue de Monceau 75008 Paris - France
Tel : +33 1 42 89 19 80
Fax : + 33 1 42 89 14 99
www.ichay-mullenex.fr