



Guide pratique
à destination des administrateurs
sur leur responsabilité juridique
Note de synthèse de la commission juridique

Novembre 2016

Table des matières

Introduction	3
Méthode	4
Rappel contextuel	4
1. Pourquoi l'administrateur est-il responsable ?	5
1.1 L'administrateur est responsable en tant que mandataire social	5
1.2 L'administrateur peut être responsable en tant que mandataire social d'une filiale	7
2. De quoi l'administrateur peut-il être responsable ?	9
2.1 La responsabilité civile des administrateurs	9
2.2 La responsabilité pénale des administrateurs	19
	20
3. Comment peut être invoquée la responsabilité de l'administrateur ?	22
4. Mesures de prévention et bonnes pratiques	24
4.1 Les procédures de contrôle interne	25
4.2 La gestion des risques	27
4.3 La traçabilité des décisions	29
4.4 L'assurance Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux (RCMS)	30

Remerciements

L'IFA remercie tous les membres de la commission juridique présidée par Gérard TAVERNIER pour leur contribution, et tout particulièrement Bruno DONDERO, Pascal DURAND-BARTHEZ, Michel GERMAIN, Sylvie LE DAMANY (Rapporteur), Antoine LELONG, Anne OUTIN-ADAM et Daniel TRICOT.

© Copyright 2016 Institut Français des Administrateurs (IFA)
Tous droits réservés. Toute reproduction même partielle sous tout format est interdite sans l'autorisation de l'Institut Français des Administrateurs.

IFA-CDECORTIAT25112016 Crédit photo : Fotolia - Impression LFT Imprimerie Montreuil

Introduction

Ce guide pratique est destiné aux administrateurs qui siègent au sein des conseils d'administration¹ de sociétés anonymes régies par le droit français. Son objectif principal est de leur rappeler la responsabilité juridique attachée au mandat qu'ils exercent, cela dans le cadre de sociétés qui peuvent aussi faire partie d'un groupe.

La fonction d'administrateur entraîne des responsabilités juridiques comme toute activité professionnelle mais elles ont des spécificités qui tiennent du mandat social.

En France, ainsi que dans de très nombreux pays au sein et en dehors de l'Europe, les membres des conseils ont vu leurs rôle et responsabilités évoluer en matière de gouvernance, de contrôle interne et de gestion des risques. En outre, le développement des activités internationales par des groupes d'entreprises, de plus en plus souvent sous des formes complexes, oblige les administrateurs à bien identifier les zones de risques et les responsabilités encourues.

D'emblée, le principe essentiel à rappeler est que l'administrateur est membre d'un organe collégial. Cela signifie que les décisions sont prises de manière collective et que, le cas échéant, tous les administrateurs sont par principe solidairement responsables pour la faute ainsi commise ensemble. Précisons qu'il n'existe pas pour autant de responsabilité collective : la responsabilité de l'administrateur demeure personnelle. Autrement dit, chacun des membres du conseil d'administration qui - par son action ou son abstention - participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, commet une faute individuelle, sauf s'il démontre qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision.

Outre la possibilité de s'assurer, il existe des moyens d'écarter sa responsabilité individuelle si l'administrateur n'a pas participé activement à la faute. L'expérience montre que même si le principe de la responsabilité solidaire existe, celui-ci ne s'applique qu'exceptionnellement à l'ensemble des administrateurs. Ce sont, en général, ceux qui ont agi effectivement ou commis des négligences graves qui sont poursuivis, tant en matière civile que pénale, et ce sont le plus souvent les « exécutifs ». Dans tous les cas, la meilleure protection de l'administrateur est dans le respect de règles simples de comportement et dans la mise en œuvre de mesures de prévention et de bonnes pratiques (Cf. 4).

1 Ces développements valent aussi pour les membres de conseils de surveillance, sous réserve de certaines spécificités qui seront précisées dans le guide.

Soyons clairs, il relève d'une démarche de vigilance et de professionnalisme de la part des administrateurs d'être au fait des responsabilités auxquelles ils s'exposent et de maîtriser les outils et bonnes pratiques les plus efficaces en termes d'anticipation et de prévention des risques.

La fonction d'administrateur ne doit pas être considérée comme une distinction honorifique mais comme une activité professionnelle. Il est donc essentiel de bien connaître ces responsabilités, ce qui est l'objet du présent guide, lequel vient compléter le *Vademecum de l'Administrateur* édité par l'IFA.

Méthode

Pour être au plus près du terrain et des attentes des administrateurs, ce guide a retenu une méthode pragmatique reposant sur l'audition d'administrateurs qualifiés et d'experts en assurance de la responsabilité civile des mandataires sociaux. Dans cette logique, il rappelle des grands principes, procède à des focus sur des aspects pratiques, formule des recommandations concrètes et cible des outils de travail performants pour le quotidien de l'administrateur.

Rappel contextuel

Au début des années 2000, une grave crise de confiance, provoquée principalement par l'affaire Enron aux Etats-Unis, a amené de nombreux pays à légiférer en urgence en matière de gouvernance d'entreprise, de contrôle interne et de prévention des risques financiers et juridiques. En raison de nombreux scandales financiers intervenus principalement outre-Atlantique, impliquant des dirigeants peu scrupuleux ou négligents, les organes de contrôle, internes et externes, ont été montrés du doigt. C'est ainsi que les législateurs sont intervenus, à maintes reprises au cours de la dernière décennie, pour contraindre les entreprises à améliorer leur gouvernance, la maîtrise de leurs activités et la prévention des risques.

Aux Etats-Unis, le Sarbanes Oxley Act (2002) a eu pour objectif essentiel et immédiat de faire sanctionner pénalement les fraudeurs et imposer aux sociétés cotées la mise en place de procédures très exigeantes, en termes de formalisation, en matière comptable et financière. En France, le constat fut également sévère et entraîna une professionnalisation du rôle de l'administrateur et la standardisation des procédures de contrôle interne et de gestion des risques, plus particulièrement au sein des sociétés cotées. Rappelons les principales évolutions législatives : la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) en 2001, la loi de sécurité financière (LSF) en 2003 et la loi du 3 juillet 2008 (loi DDAC) pour application du droit communautaire en droit des sociétés, lequel a introduit le concept britannique du « *comply or explain* ».

Aux côtés des lois et règlements qui se sont succédés en matière de gouvernance et de prévention des risques, la « Soft Law » a pris indéniablement de l'ampleur sur ces sujets au cours des dix dernières années. Des autorités administratives indépendantes émettent des recommandations en la matière, principalement pour les sociétés cotées et les entreprises intervenant dans le secteur financier. En France, l'AMF et l'ACPR y contribuent activement au travers de recommandations et de référentiels. Des organisations professionnelles telles que l'AFEP, le MEDEF, l'IFA, l'IFACI, l'AMRAE œuvrent également dans le sens d'une meilleure prévention des risques, au moyen notamment d'une gouvernance adaptée de l'organisation. Citons les codes AFEP-MEDEF et Middlenext qui sont de véritables guides pour les entreprises en quête d'améliorer leurs pratiques (et auxquels les sociétés cotées doivent se référer dans le cadre de la règle « comply or explain »).

1. Pourquoi l'administrateur est-il responsable ?

1.1 L'administrateur est responsable en tant que mandataire social

La notion de dirigeant est utilisée par certains textes, sans faire pour autant l'objet d'une définition précise. Cette imprécision doit inciter les administrateurs à un comportement vigilant, la qualification de dirigeant pouvant s'appliquer à ces mandataires sociaux et être source d'obligations. Néanmoins, l'administrateur a moins de risques que d'autres mandataires sociaux d'engager sa responsabilité, dès lors qu'il ne fait pas partie de ceux qu'on appelle communément les « dirigeants exécutifs ».

Un « dirigeant exécutif » a compétence pour représenter la société, c'est-à-dire pour agir juridiquement au nom de la société à l'égard des tiers, par exemple pour passer un contrat avec un fournisseur, un client, une banque, etc. En ce sens, les administrateurs ne sont pas des « dirigeants exécutifs » de la société anonyme, lesquels sont le directeur général (DG) et les directeurs généraux délégués (DGD), contrairement au président du conseil d'administration (lorsqu'il n'a pas simultanément la qualité de DG).

En vertu des dispositions de l'article L. 225-35 du code de commerce, les administrateurs agissent au sein d'un collège, le conseil d'administration, lequel détermine « les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre ». 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 ». « Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns ».

Les administrateurs, réunis au sein du conseil d'administration, participent donc à la direction de la société, de façon collégiale, en déterminant ses orientations et ses politiques (dont la mise en œuvre est assurée par la direction générale) et en contrôlant son fonctionnement.

Dans le cadre collégial du conseil d'administration, cela vaut aussi pour les personnes morales administrateurs, qui exercent leurs fonctions par l'intermédiaire d'une personne physique dite « représentant permanent ». La loi dispose que ce dernier « encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente »².

Par contraste, dans la société anonyme à directoire et conseil de surveillance, les membres de ce conseil ne sont pas les dirigeants de la société car « le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire »³ et « opère les vérifications et les contrôles qu'il juge opportuns »⁴.

Dès lors, les membres du conseil de surveillance « n'encourent aucune responsabilité en raison des actes de la gestion et de leur résultat »⁵, ils ne « sont responsables (que) des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat »⁶. Ainsi, dans ce type de société, seuls les membres du directoire engagent leur responsabilité en qualité de dirigeants. Toutefois, les membres du conseil de surveillance peuvent voir leur responsabilité engagée s'ils se comportent comme des dirigeants de fait.

Est dirigeant de fait celui ou celle qui, sans en avoir reçu le pouvoir, effectue, en toute indépendance, des actes positifs de gestion d'une société, soit isolément, soit aux côtés ou en concurrence avec les dirigeants de droit. Ces personnes encourent alors les mêmes responsabilités que ces derniers. Ce risque de responsabilité concerne, par exemple, le président du conseil de surveillance qui, ancien dirigeant exécutif de la société, prendrait des initiatives de direction étrangères à son seul pouvoir de contrôle.

2 Art. L. 225-20 du code de commerce

3 Art. L. 225-68 du code de commerce

4 Cf. (3)

5 Art. L. 225-257 du code de commerce

6 Cf. (5)

1.2 L'administrateur peut être responsable en tant que mandataire social d'une filiale

Dans les structures sociétaires simples, les administrateurs exercent en toute indépendance leurs missions. Ils ne sont soumis à aucune subordination.

Dans les groupes de sociétés, les administrateurs de filiales ou sous-filiales sont souvent choisis parmi des salariés du groupe, eux-mêmes soumis au pouvoir hiérarchique des organes de direction de la société-mère. Cependant, ils doivent aussi agir dans l'intérêt propre de la filiale, si bien qu'ils sont conduits à conjuguer la subordination hiérarchique avec leur indépendance en tant qu'administrateur de la filiale. Tenus de respecter les orientations fixées par le groupe, ils doivent aussi préserver la filiale qu'ils dirigent d'éventuelles confusions entre le patrimoine de celle-ci et celui d'autres sociétés du groupe. La jurisprudence retient que, dans le groupe, on doit respecter l'intégrité patrimoniale de chaque filiale et lui assurer des contreparties aux sacrifices éventuellement exigés. A défaut, le délit d'abus de biens sociaux peut être constitué⁷ et la société-mère risque d'être considérée comme un dirigeant de fait de la filiale, avec les conséquences qui s'ensuivent en termes de responsabilité.

7 Voir ci-après 2. De quoi l'administrateur peut-il être responsable ?

FOCUS - les responsabilités liées à l'activité internationale de la société

Il peut s'agir d'une mise en cause en France pour des faits survenus hors du territoire. Par exemple, la convention de l'OCDE sur la prévention de la corruption à l'étranger a été transposée dans l'ordre juridique interne par la loi du 30 septembre 2000. La France est critiquée pour sa timidité dans la mise en œuvre de cette loi. La loi Sapin II⁸ relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique vise à remédier à cette situation, notamment en créant « l'Agence française anticorruption » et en instaurant une obligation de prévention contre les risques de corruption. Ces nouvelles responsabilités ne pourraient alors pas échapper aux devoirs de contrôle du conseil d'administration, et seraient susceptibles de mettre en jeu la responsabilité de ses membres en cas d'inaction.

8 Texte voté le 8 novembre 2016 et soumis au Conseil Constitutionnel ; le présent guide en signale seulement l'existence.

Par ailleurs, une proposition de loi⁹ relative au « devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre » tendrait à renforcer ce type de responsabilité, et cette évolution doit être suivie avec attention par les administrateurs.

En outre, la responsabilité des mandataires sociaux peut entrer dans le champ des compétences extraterritoriales que se reconnaissent les juridictions de certains pays.

Il s'agit au premier chef des Etats-Unis, où les actionnaires d'une société dont la responsabilité a été engagée peuvent se retourner contre les dirigeants au moyen d'une « derivative action ». Ces actions sont régies par les droits des sociétés des différents Etats, et les procédures peuvent varier en conséquence ; elles sont ouvertes à un actionnaire seul agissant au profit de la société.

En matière civile et en particulier boursière, cette possibilité est notamment mise en œuvre dans le cadre des « class actions » permettant à un « lead plaintiff », jugé « représentatif » d'un nombre important de victimes (y compris les actionnaires d'une société cotée) de réclamer des dommages et intérêts auprès de la société, quitte pour celle-ci à se retourner contre les dirigeants au moyen d'une « derivative action ».

Les juges américains se reconnaissent une compétence extraterritoriale large, reposant sur des liens parfois ténus (utilisation d'infrastructures américaines, etc.). En matière pénale, la compétence extraterritoriale des juridictions américaines a donné lieu à des procès retentissants, principalement dans le cadre du Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977, des lois sur l'environnement, des lois américaines sur l'embargo et du droit de la concurrence. Le coût des procédures, notamment dans la phase de « discovery » (recherche des preuves), amène à transiger dans l'immense majorité des cas, parfois pour des sommes extrêmement élevées.

Le risque pour les dirigeants, même étrangers, est aussi présent au Royaume-Uni. Les « derivative actions » y sont aussi possibles.

En matière civile, les « class actions » y existent depuis 1999 et ont été peu utilisées jusqu'à présent, mais une législation sur les actions de groupe en droit de la concurrence, adoptée en 2015, devrait en développer l'utilisation. En matière pénale, le UK Bribery Act de 2010 porte sur la corruption d'agents publics et de personnes privées, et comporte un délit « innovant » de défaut de prévention de la corruption. La responsabilité pénale de la société est engagée sauf si elle peut démontrer qu'elle avait mis en place des « procédures adéquates » de prévention. Là encore, il suffit que l'un des faits incriminés se soit produit sur le territoire du Royaume-Uni, ou qu'il ait été commis, dans le monde, par une personne ayant une « proche connexion » avec le Royaume-Uni (par exemple, citoyenneté, siège ou résidence britanniques).

Les risques liés à ces responsabilités doivent être considérés en tenant compte du fait que la plupart des sociétés qui agissent à l'international le font dans le cadre de groupes de sociétés.

Le juge français est attaché à l'autonomie de la personne morale et se doit d'identifier précisément la société et ses représentants qui sont les auteurs de la faute civile ou pénale. Cela n'empêche pas que la société-mère ou une société-sœur et leurs représentants puissent être mis en cause en tant que dirigeants de fait. Ce risque peut être accru dans les pays connaissant la notion de groupe en matière de responsabilité et prévoyant des obligations renforcées de prévention.

2. De quoi l'administrateur peut-il être responsable ?

La responsabilité a deux fonctions : réparer et sanctionner.

La réparation relève de la responsabilité civile : elle permet de compenser par des dommages et intérêts le préjudice subi par la victime.

La sanction relève de la responsabilité pénale¹⁰ qui corrige le trouble causé à l'intérêt général par un agissement jugé contraire aux règles sociales les plus importantes. La sanction est une peine (emprisonnement, amende) prononcée contre l'auteur d'une infraction par un tribunal correctionnel, dans la plupart des cas.

2.1 La responsabilité civile des administrateurs

L'administrateur n'engage sa responsabilité qu'à raison de sa faute. Pour l'obliger à une réparation, la victime (un tiers, un associé ou la société) doit prouver à la fois cette faute, le préjudice et le lien de causalité entre les deux. Le lien de causalité est aisément prouvé dès lors qu'il semble raisonnable de penser que la faute a pu causer tout ou partie du dommage subi.

10

Il existe aussi une responsabilité disciplinaire vise essentiellement à écarter un dirigeant de toute fonction pendant une durée plus ou moins longue en raison des carences graves de son comportement. Elle peut être mise en œuvre par le tribunal de commerce, par le tribunal correctionnel ou par des autorités administratives indépendantes, telles l'AMF. Toutefois, ces sanctions disciplinaires concernent davantage les dirigeants exécutifs que les administrateurs.

La faute de l'administrateur est décrite par l'article L.225-251 du code de commerce qui dispose que l'administrateur est responsable individuellement ou solidairement : des infractions aux dispositions législatives, réglementaires ou statutaires (a) et des fautes de gestion (b). Encore faut-il, pour qu'elles soient sanctionnées sur le fondement de la responsabilité civile, que ces fautes soient à l'origine du préjudice de la victime (c).

a) Les infractions aux dispositions législatives, réglementaires ou statutaires

Ces fautes sont les plus simples à percevoir, à la condition de garder à l'esprit que les manquements à ces dispositions ne peuvent constituer des fautes engageant la responsabilité des administrateurs que s'ils sont particulièrement importants et caractérisés. On relève ces manquements notamment en matière de contrôle de la qualité de l'information comptable et financière, lorsque les administrateurs n'ont pas pris, ou fait prendre, les mesures pour empêcher de tels agissements, ou s'ils se sont dispensés de procéder aux contrôles et vérifications qu'on est en droit d'attendre d'un administrateur normalement diligent, compétent et attentif.

De nouveaux cas de manquements se sont ajoutés depuis le début des années 2000 en matière de concurrence, corruption, fraude et blanchiment. Puis, plus récemment, les obligations imposées par la RSE en sont devenues le réceptacle naturel. Ces évolutions doivent ainsi conduire le conseil d'administration à mettre en œuvre des mesures dites de conformité, d'éthique et de « compliance ».

FOCUS - La Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE)

Qu'est-ce que la RSE ?

La Commission européenne a défini, initialement, la RSE comme «un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes». Il a été ajouté qu'elle concerne les actions des entreprises qui vont au-delà des obligations juridiques qui leur incombent à l'égard de la société et de l'environnement.

La Commission adopte aujourd'hui résolument «une conception moderne de la responsabilité sociale des entreprises» entendue comme «la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société». Cette définition large permet d'appréhender la plupart des acceptions contemporaines de la RSE ainsi que les instruments qui y sont attachés, tels que les instruments de régulation suivants : la norme ISO 26000, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ou le Pacte Mondial (Global Compact) (cf. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 [COM(2011) 681 final]).

La RSE va au-delà des normes juridiques même si, le plus souvent, la violation de la norme correspond à une infraction visée par un texte légal (corruption, blanchiment, atteinte à l'environnement, travail des enfants, harcèlement, etc.).

Lorsqu'elles mettent en place une démarche RSE, voire un programme mondial, les entreprises s'engagent à respecter et faire respecter par leurs collaborateurs, dans les pays où elles sont implantées ou interviennent, des comportements, des normes et des principes rappelés dans des codes, chartes et autres documents. En d'autres termes, le champ de la RSE appliquée aux sociétés cotées françaises, couvre non seulement la conformité aux lois et normes nationales et internationales, mais aussi un engagement volontaire de faire respecter certains principes non contraignants.

Quelle responsabilité pour l'administrateur en matière de RSE ?

Si l'engagement RSE correspond à des pratiques managériales soumises à des notations extra-financières et des audits externes indépendants, les dirigeants exécutifs ne sont pas les seuls concernés. En effet, les administrateurs se doivent également de prendre en compte la RSE et les risques attachés, en étant particulièrement diligents et vigilants sur ces questions dans les domaines du droit concernés.

La cartographie des risques prend là tout son sens et devient de toute évidence un outil indispensable d'identification et de pilotage (cf. Focus sur la cartographie des risques).

FOCUS - Les conventions réglementées

Les articles L. 225-38 et suivants du code de commerce soumettent à une procédure spéciale les accords entre la société, d'une part, et ses administrateurs, son directeur général (et/ou les membres du directoire, les directeurs généraux délégués) et ses grands actionnaires (détenant plus de 10% des droits de vote), d'autre part. Cela comprend les conventions auxquelles ceux-ci sont « indirectement » intéressés. La loi vise aussi, spécifiquement, le cas des dirigeants « croisés », par exemple un accord entre une société A et une société B dont un administrateur est également administrateur ou dirigeant de A.

Certaines de ces conventions sont purement et simplement interdites : emprunts, découverts, cautions.

Les autres sont dites « conventions réglementées » et soumises à une procédure en trois étapes :

- délibération (motivée) du conseil d'administration, l'intéressé ne prenant pas part au vote ;*
- rapport spécial des commissaires aux comptes ;*
- ratification par l'assemblée générale.*

La sanction en cas d'absence de délibération formelle du conseil d'administration est la nullité de la convention. En revanche, en cas de non-ratification par l'assemblée générale, la convention reste valide, mais la responsabilité personnelle des auteurs (les personnes intéressées à la convention et éventuellement les autres membres du conseil d'administration ou du directoire) est engagée si la société a subi un préjudice.

Les conventions « portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales » et celles avec une filiale détenue à 100% échappent à la procédure.

Les conventions régulièrement approuvées lors d'exercices précédents et dont l'exécution se poursuit doivent être examinées par le conseil.

Source : Note de synthèse de la Commission juridique de l'IFA - Décembre 2015

b) Les diverses fautes de gestion

La faute de gestion n'est définie ni par la loi, ni par la jurisprudence. Cela tient au fait qu'il est impossible de la définir et qu'on peut seulement en décrire les contours.

Il est parfois soutenu que la faute de gestion est nécessairement une faute intentionnelle. Cette affirmation est exacte dans la mesure où un administrateur doit avoir conscience de ses actes et être en mesure d'en apprécier la portée. S'il est difficile de concevoir qu'un administrateur commette une faute de gestion sans même s'en rendre compte, il convient d'observer que le modèle auquel la jurisprudence fait référence n'est pas celui du dirigeant idéal mais celui du dirigeant normalement compétent.

Il en résulte que le comportement du dirigeant est apprécié à la fois concrètement (qu'a-t-il fait ?) et abstraitement (qu'aurait donc fait un dirigeant raisonnable ?) et que cette double question se résume dans la formule suivante : « le dirigeant savait-il ou devait-il savoir qu'il était dans l'erreur ? ».

La jurisprudence a cerné deux degrés dans les fautes de gestion : certains comportements constituent des fautes de gestion que l'on peut qualifier de « simples » ; d'autres révèlent des fautes de gestion « séparables » ou « détachables » des fonctions de l'administrateur.

Dans le premier cas, ainsi qu'il sera exposé plus loin¹¹, la faute de gestion commise engage rarement la responsabilité de l'administrateur sauf si la société est ultérieurement mise en liquidation judiciaire ; dans le second cas, elle engage la responsabilité personnelle de l'administrateur.

■ La faute de gestion simple

La jurisprudence considère qu'il convient, en premier lieu, de tenir compte des risques inhérents à l'exploitation entrepreneuriale afin de respecter l'objectif d'intérêt général qui consiste à favoriser la création et le développement des entreprises¹². Ainsi, les juges sont invités à faire preuve de prudence dans l'appréciation du comportement des dirigeants, notamment des administrateurs, car gérer une entreprise oblige à affronter bien des aléas.

En outre, la jurisprudence¹³ retient qu'il convient de prendre en compte la gravité et le nombre des fautes de gestion pour fixer, en proportion de ces éléments, le montant des sommes au versement desquelles les dirigeants sont condamnés¹⁴.

11 Voir ci-après III, « Comment peut être invoquée la responsabilité de l'administrateur ? ».

12 Cons. Constitutionnel, 26 septembre 2014, décision n°2014-415 QPC.

13 Voir notamment : Cass. Com. 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-21906 (action en responsabilité pour insuffisance d'actif).

14 Cons. Constitutionnel, 26 septembre 2014, décision n°2014-415 QPC (action en responsabilité pour insuffisance d'actif).

Concrètement, la faute de gestion n'est pas commise par le seul fait d'une décision de direction ou de gestion erronée ou inadaptée. Sauf si la faute est d'une particulière gravité¹⁵, la prise de décision n'est pas fautive, bien au contraire. Ce qui importe, c'est d'observer, de suivre et de corriger au besoin les effets d'une décision qui pourrait se révéler inadaptée, inefficace ou erronée. Ce qui est attendu d'un dirigeant normalement raisonnable, c'est de rectifier ce qui doit l'être lorsque l'effet attendu d'une décision se révèle nocif pour l'entreprise. La conduite du dirigeant est appréciée, moins en raison de ses actions qu'au regard de ses omissions ou de ses manquements car, ne pas prendre une décision, c'est décider de ne rien changer et si ce comportement révèle un entêtement dans l'erreur, une négligence coupable ou un acharnement fautif, la faute de gestion semble caractérisée en dépit de la faveur accordée au dirigeant qui doit, par sa fonction, prendre des risques.

La jurisprudence prend en compte un comportement général et non des actes isolés. Est fautif le dirigeant qui multiplie les négligences, qui tarde à corriger des évolutions dangereuses pour l'entreprise ou qui cherche à profiter, à son seul avantage, d'une situation difficile, notamment en continuant à percevoir une rémunération que l'entreprise n'est plus en état de supporter. C'est l'accumulation des « petites » fautes de gestion qui, finalement, pourra être sanctionnée par le juge dès lors qu'on s'éloigne de plus en plus du modèle que constitue un dirigeant raisonnablement courageux et prudent, attentif et compétent.

A cet égard, le code de gouvernement d'entreprise Afep-Medef, bien qu'il ne comporte pas de sanctions, donne la mesure de ce qui est attendu d'un dirigeant vigilant et dessine en creux ce que peut être la faute de gestion. Ainsi, ce code fournit au juge un modèle du comportement attendu d'un dirigeant raisonnable.

15 Voir développements ci-après, la faute de gestion séparable ou détachable

FOCUS - La « Soft Law »

Le manquement à une norme de « soft law » peut-il être constitutif d'une faute de gestion ?

Lorsque la société a inscrit certaines bonnes pratiques dans son « A.D.N. » (charte éthique), il ne fait guère de doute que les dirigeants qui ne s'y conforment pas peuvent engager leur responsabilité personnelle.

A côté de cette source interne de « soft law », il existe des sources externes, comme par exemple le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées.

Lorsque la norme de « soft law » va au-delà des exigences légales, la jurisprudence donne aussi à penser qu'elle pourrait être prise en considération par le juge pour caractériser l'existence ou, au contraire, l'absence d'une faute de gestion. Comme il a été indiqué ci-dessus, le juge va se référer au modèle abstrait du dirigeant prudent et avisé. Dès lors, pour apprécier si un administrateur s'est acquitté de sa mission avec suffisamment de prudence et de diligence, le juge pourrait se référer aux bonnes pratiques de gouvernance que la société a adoptées. De ce point de vue, le fait de s'engager à aller au-delà de la loi est à double tranchant : le respect d'un tel engagement peut attester de la bonne foi et de la diligence des personnes poursuivies, mais à l'inverse sa violation peut attester de leur faute.

De façon plus générale, on peut prendre l'exemple d'une bonne pratique, en se demandant si celle-ci pourrait servir de référence pour apprécier si les dirigeants ont commis une faute de gestion lorsque leur société ne s'est pas engagée à la respecter. Une réponse positive est envisageable dans le cas où cette bonne pratique pourrait s'analyser, en droit, comme un usage. Pour savoir si tel est le cas, outre la précision de son contenu, on s'attachera à deux éléments : premièrement, est-ce que son application s'est généralisée en pratique ? Deuxièmement, est-ce que la norme souple se présente elle-même comme « impérative » ? En réalité, si aucun référentiel ne s'est imposé comme un standard, ou si le référentiel laisse persister une grande diversité de pratiques et que les entreprises utilisent cette liberté, alors seules les entreprises qui se réfèrent à cette norme de droit souple devraient être tenues de la respecter, et seuls leurs dirigeants pourraient engager leur responsabilité en cas de manquement ; mais encore faudrait-il que ce manquement ait été de nature à causer un préjudice .

L'une des raisons pour lesquelles la « soft law » peine à être source de responsabilité est que l'identification d'un préjudice causé par sa « violation » n'est pas évidente. En effet, toute faute ne cause pas nécessairement un préjudice, comme par exemple les fautes intervenues dans la communication d'informations.

De plus, il incombe au demandeur d'établir le lien de causalité entre la faute et le préjudice allégué.

L'AMF a bien compris cette difficulté puisqu'en matière de gouvernance d'entreprise ou de RSE, elle préfère suivre les pratiques des émetteurs, mettre en avant celles qui vont dans la bonne direction et stigmatiser les autres, en n'hésitant pas à utiliser le « name and shame », plutôt que de sanctionner ponctuellement la communication d'informations lacunaires ou erronées.

En définitive, il faut se garder d'un double écueil : sous-estimer ou, au contraire, surestimer le risque juridique que la « soft law » fait, à ce jour, peser sur les dirigeants. Ces derniers ne devraient pas imaginer que la mise en place d'une bonne gouvernance pourrait suffire à les en prémunir. Ainsi, les administrateurs doivent veiller avec prudence et diligence à l'application des normes que la société s'est engagée à respecter, tout comme à l'information des marchés sur les pratiques mises en œuvre. Ils doivent en outre exercer leur vigilance vis-à-vis de leur environnement. Les bonnes pratiques recommandées par un référentiel en apparence volontaire sont peut-être en train de s'imposer comme des normes de facto « impérative ».

En bref, un administrateur normalement diligent ne commettra pas de faute de gestion. On ne lui demande pas d'être un modèle, un exemple et encore moins un héros mais il est souhaitable que son comportement ne s'éloigne pas trop de l'image que l'on se fait, concrètement, d'un administrateur honnête et bienveillant, ayant suffisamment le sens de ses responsabilités pour les exercer de façon utile pour l'entreprise. C'est en référence à cette réalité concrète du « bon administrateur » que la jurisprudence retient que le mandataire social ne peut pas se retrancher derrière son ignorance ou son incompétence ; un administrateur doit objectivement savoir ce qui relève de ses compétences normales. Comme pour tout dirigeant, pour retenir que la faute commise l'a été dans un état suffisant de connaissance ou de conscience, le juge ne manquera pas de souligner que, si l'administrateur prétend ne pas savoir, il était, en l'espèce, tenu de savoir ce qu'il affirme ignorer : comme il a été dit ci-dessus, il « savait ou devait savoir » ce que connaît tout bon administrateur.

Une question mérite ici également d'être soulevée : les administrateurs qui sont membres de comités encourent-ils une responsabilité aggravée ? Sur ce point, le principe doit résolument rester celui de la responsabilité collégiale du conseil.

FOCUS - La responsabilité des membres de comités

Le code de gouvernement d'entreprise Afep-Medef recommande la mise en place de comités spécialisés (comités des comptes, des rémunérations et des nominations).

Le code insiste sur le fait que les missions de ces comités ne sont pas séparables de celles du conseil d'administration. Les comités ne peuvent, en effet, se substituer au conseil mais en sont une émanation avec un rôle qui est de faciliter son travail. Jusqu'à présent, il était communément admis que, dans la mesure où les comités ne sont pas des organes de gestion, ils ne s'adressent pas aux tiers et ne font que préparer les décisions du conseil. Un membre du comité, qu'il soit administrateur ou membre d'un conseil de surveillance, ne voit pas sa responsabilité engagée en tant que tel. S'il commet une erreur, c'est en tant qu'administrateur, membre de l'organe collégial qu'est le conseil. En revanche, dans le cadre d'actions récursoires, la responsabilité d'un ou plusieurs membres d'un comité pourrait être recherchée par les autres administrateurs, au titre de la contribution à la dette, pour avoir failli aux missions qui leur étaient confiées.

Contrairement aux comités des rémunérations et des nominations qui n'ont pas d'existence légale, l'article L.823-19 du code de commerce (issu de l'ordonnance de 2008) est venu préciser la composition et les missions du comité d'audit. La loi prend d'ailleurs soin de préciser à cet égard que le comité agit sous la responsabilité des membres du conseil et qu'il rend compte régulièrement à cet organe collégial. Il en résulte que les membres du comité n'ont pas de responsabilité propre.

L'ordonnance n°2016-315 du 17 mars 2016, prise en application du règlement européen du 16 avril 2014, est venue jeter un certain trouble en conférant au comité d'audit une mission spécifique qui est de donner son approbation pour la fourniture, par un contrôleur légal des comptes ou un cabinet d'audit, de services non audit (nouvel article L823-19, II du code de commerce).

Dès lors, peut-on en déduire que les membres du comité d'audit - parce qu'ils pourraient prendre des décisions autonomes (certes limitées à un domaine précis) - encourraient une responsabilité particulière ?

Sur ce point, la plus grande vigilance est de mise.

■ La faute de gestion séparable ou détachable

A la différence des précédentes, certaines fautes de gestion se réalisent en un instant. Ce sont des fautes séparables ou détachables qui existent lorsque « le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »¹⁶.

16

Cass. Com. 20 mai 2003, pourvoi n° 99-17092 ; en l'espèce, la dirigeante de la société avait cédé des créances deux fois de suite de sorte que le dernier des deux cessionnaires n'avait pas été payé de leur montant.

Les fautes pénales ne sont pas, par nature, des fautes détachables mais elles le deviennent si elles constituent une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle des fonctions sociales¹⁷. De même, si l'actionnaire n'est tenu, ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société, ni d'informer celle-ci d'une telle activité, le dirigeant, soumis à une obligation de loyauté et de fidélité envers la société qu'il dirige, commet une faute séparable en négociant, à titre personnel ou en qualité de dirigeant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité¹⁸.

En résumé, ce type de faute caractérisée révèle une grave inaptitude aux fonctions de direction. Elle doit être sanctionnée par l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant qui sera tenu d'en réparer les conséquences sur ses propres deniers.

c) Le préjudice de la victime

Il s'agit ici du préjudice causé du fait des dirigeants de la société, notamment des administrateurs. Ce préjudice peut être subi soit par des tiers, soit par la société, soit par ses actionnaires.

■ Le préjudice subi par des tiers à la société

Sont des tiers tous ceux qui n'appartiennent pas à la société. Au regard de la faute de gestion de l'administrateur, il convient de distinguer selon que la société est solvable ou en liquidation judiciaire.

- Si la société est solvable ou en procédure collective autre que la liquidation judiciaire, l'administrateur n'engage pas sa responsabilité pour ses simples fautes de gestion. Cette solution est conforme aux pratiques observées dans les autres pays de l'Union Européenne depuis que l'Allemagne et le Luxembourg ont renoncé à un régime de responsabilité automatique des administrateurs pour leurs fautes de gestion. Ce système n'affecte pas la victime dès lors que la société est solvable puisque ce sera elle qui l'indemniser. Il lui évite, en outre, de devoir rechercher quels sont le ou les dirigeants qui, par leurs fautes de gestion, ont conduit la société à causer le dommage.
- Il n'en est autrement que si l'administrateur a commis une faute séparable de ses fonctions¹⁹. En ce cas, il devra indemniser le tiers sur ses deniers personnels.
- Si la société est en liquidation judiciaire, l'administrateur qui a commis des fautes de gestion peut être recherché en responsabilité sur le fondement

17 Cass. Com. 9 décembre 2014, pourvoi n° 13-26298.

18 Cass. Com. 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-15049.

19 Cass. Com. 20 mai 2003, précité.

de l'action en paiement des dettes sociales, dite aussi action en insuffisance d'actif²⁰. La distinction entre les fautes de gestion simples et les fautes séparables n'est plus à faire et l'administrateur peut ainsi être condamné par un tribunal à payer, en fonction de la gravité et du nombre de ses fautes de gestion, des sommes qui peuvent aller jusqu'au montant de tout ce qui est nécessaire pour régler les créanciers de la société en liquidation. Encore faut-il préciser que ce versement ne parviendra pas directement à la victime mais profitera à l'ensemble des créanciers, dont la victime elle-même. Devant la rigueur de la solution, la loi a prévu que les sommes payées par l'administrateur fautif peuvent être limitées par le juge, il peut même dispenser le fautif de tout paiement en dépit de l'existence certaine de ses fautes de gestion.

■ Le préjudice subi par la société ou par un actionnaire

La même distinction s'impose, selon que la société est ou non en liquidation judiciaire.

- Si la société est solvable ou en procédure collective autre que la liquidation judiciaire, l'administrateur est tenu, à l'égard de la société ou de ses actionnaires, de réparer les conséquences de toutes les fautes de gestion, même simples, qu'il a pu commettre²¹.
- Si la société est en liquidation judiciaire, la solution sera la même que celle exposée précédemment pour les tiers. En pratique, le montant des sommes éventuellement payées pour rembourser les créanciers, dont le tiers victime, permet rarement de rembourser aux actionnaires la valeur nominale de leurs actions. Il n'en est autrement que si tel ou tel actionnaire peut être en mesure d'invoquer un préjudice qui lui est propre, distinct de celui subi par tous les associés pour la perte de valeur de leurs actions.

2.2 La responsabilité pénale des administrateurs

a) La différence entre la faute civile de gestion et la faute pénale

Autant il est délicat de comprendre les contours exacts de la faute de gestion, de nature civile, autant il est aisé de définir la faute pénale. En vertu de la Constitution et comme dans tous les Etats démocratiques, la définition des fautes pénales relève du seul pouvoir du législateur²², en vertu du principe de la « légalité des délits ». Le principe complémentaire de la « légalité des peines »²³ conduit le législateur à énoncer les sanctions qui sont applicables

20 Art. L 651-2 du code de commerce.

21 Cass. Com. 9 mars 2010, pourvois n° 08-21547 et 08-21793.

22 Art. 34, al. 1^{er}, de la Constitution du 4 octobre 1958.

23 Art. 34, al. 1^{er}, de la Constitution du 4 octobre 1958.

aux délits ainsi déterminés. Autrement dit, pour chaque délit, la loi fixe ses éléments constitutifs et la peine qui peut être décidée par le juge pénal s'il constate que ces éléments sont réunis.

b) Les fautes pénales caractéristiques

On se bornera ici à rappeler quelques-uns des principaux délits encourus par les administrateurs.

■ L'abus de biens sociaux (ABS)

Ce délit vise à réprimer les comportements par lesquels les dirigeants de société organisent ou permettent que des biens ou des éléments de l'actif d'une société quittent son patrimoine, créant ainsi un appauvrissement répréhensible de la personne morale.

La loi²⁴ vise notamment les administrateurs d'une société anonyme « qui font, 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 une entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ». Pour que le délit soit constitué, le juge pénal doit constater, par une décision motivée, à l'issue d'une enquête ou d'une instruction, que les cinq éléments constitutifs du délit sont tous réunis.

24

Art. L242-6, 3° du code de commerce.

FOCUS - L'ABS

L'usage des biens est contraire à l'intérêt social lorsqu'il porte atteinte au patrimoine de la société : il en est ainsi de dépenses engagées par la société, mais aussi de manques à gagner résultant par exemple de la conclusion de contrats désavantageux pour celle-ci.

De même, est contraire à l'intérêt social l'engagement pris au nom de la société qui l'expose à un risque anormal de pertes sans contrepartie.

Toutefois, les fautes de gestion ne sont pas, en tant que telles, sanctionnées pénalement.

C'est donc le caractère injustifié du risque, au regard du contexte économique de l'entreprise, qui caractérise l'infraction.

Il convient de noter que l'intérêt social est une notion distincte de l'intérêt des associés ou des actionnaires. L'assentiment des associés (ou de l'assemblée générale) ne fait pas disparaître le caractère délictueux des prélèvements abusifs de biens sociaux et n'absout pas leur auteur.

Sur le cas particulier des groupes de sociétés, l'incrimination d'abus de biens sociaux ne peut être neutralisée « que si, d'une part, l'existence d'un groupe de sociétés est établie, et si, d'autre part, le concours financier est dicté par les intérêts de ce groupe appréciés au regard d'une politique commune, n'est pas dépourvu

de contrepartie ou ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés, et n'excède pas les possibilités financières de celle qui en supporte la charge»²⁵.

Les détournements d'actifs commis après la cessation des paiements constituent le délit de banqueroute.

On l'a vu, les actes des dirigeants contraires à l'intérêt social ne sont punissables que si les dirigeants ont agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont directement ou indirectement intéressés.

Il importe de préciser que, l'intérêt personnel comprend non seulement la réalisation ou la perspective de profits pécuniaires, mais aussi tous les avantages d'ordre professionnel ou moral, comme le souci d'entretenir, par des faveurs, des relations avec des personnages influents.

25

Cass. Crim. 4 février 1985 « Rozenblum », pourvoi n° 84-91581.

■ La distribution de dividendes fictifs

Selon la loi²⁶, le bénéfice distribuable est celui qui apparaît, depuis la clôture de l'exercice précédent, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, déduction faite s'il y a lieu des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et compte tenu du report bénéficiaire.

Les dividendes distribués en violation de ces règles, en particulier en l'absence d'inventaire ou sur la base d'un inventaire frauduleux, tombent sous le coup de la loi pénale, dès lors que la distribution a été faite en connaissance de cause²⁷.

■ La présentation ou la publication de comptes sociaux infidèles

La loi²⁸ vise encore notamment les administrateurs qui ont fait publier ou présenter aux actionnaires, même en l'absence de distribution de dividendes, 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.

26 Art. L232-12 du code de commerce.

27 L'art. 121-3 du code pénal retient que le délit a été fait en connaissance de cause dès lors que le dirigeant a commis une faute d'imprudence, de négligence ou un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales, compte tenu de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Cette formulation complexe de l'élément moral du délit concerne aussi les administrateurs.

28 Art. L242-6, 3° du code de commerce.

Ici, le délit n'est constitué que si la preuve est rapportée contre les dirigeants que, non seulement ils ont eu conscience des irrégularités ou insincérités commises, mais qu'en outre ils ont cherché à dissimuler la véritable situation de la société.

c) La sanction des fautes pénales et la réparation accordée aux victimes

Dans chaque cas, la loi définit le montant maximum de la peine ; ainsi pour l'un ou l'autre des trois délits qui viennent d'être décrits, la peine est un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375 000 euros.

Les victimes de ces fautes peuvent se constituer partie civile pour tenter d'obtenir du tribunal correctionnel la réparation de leur préjudice, étant précisé qu'elles doivent rapporter la preuve de l'existence et du montant de celui-ci.

3. Comment peut être invoquée la responsabilité de l'administrateur ?

Même si les actions judiciaires contre les administrateurs sont relativement rares, il faut prendre conscience que les demandes peuvent émaner d'un assez grand nombre de personnes ou d'autorités.

L'action pénale peut provenir du procureur de la République ou de la plainte avec constitution de partie civile déposée par une victime d'une infraction pénale.

L'action en réparation devant un tribunal de commerce²⁹ peut être intentée par un tiers victime, par la société ou par un associé. La société est en effet toujours recevable à agir en responsabilité contre ses dirigeants ou anciens dirigeants au titre de leurs fautes de gestion dans le délai de la prescription qui est ordinairement de trois ans.

Une particularité juridique mérite d'être signalée : les dirigeants sont souvent plusieurs à être responsables de la même décision fautive. Il suffit de penser à l'hypothèse dans laquelle serait en cause la responsabilité de plusieurs membres du conseil d'administration.

Dans de tels cas, les dirigeants sont dits solidairement responsables : dans un premier temps, dans le cadre de ce que l'on appelle « l'obligation à la dette », la totalité de la réparation peut être demandée à l'un quelconque d'entre eux ; en revanche, dans un deuxième temps, dans le cadre d'actions récursoires entre administrateurs et de ce que l'on appelle la « contribution à la dette », le juge pourra répartir le paiement des dommages et intérêts

29

Ou devant un tribunal correctionnel en cas de délit et de constitution de partie civile, ainsi qu'il vient d'être expliqué.

payés par chacun des dirigeants, proportionnellement à la gravité de sa faute.

Par exemple, il serait envisageable de faire plus lourdement contribuer à la dette un administrateur donné, au motif qu'il est membre du comité d'audit.

La loi a donné à chaque associé le pouvoir d'engager une action en réparation au nom de la société elle-même : « Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association ..., soit en se groupant .., intenter l'action sociale en réparation contre les administrateurs »³⁰. Ainsi, ils « sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société [...] »³¹. C'est ce que l'on appelle l'action sociale « ut singuli ». Tous les pays d'Europe, comme les Etats-Unis, connaissent une action de ce genre.

Si la loi a largement étendu le nombre des personnes qui peuvent mettre en cause la responsabilité des dirigeants, lorsque la société est mise en liquidation judiciaire³², seul le liquidateur judiciaire peut agir contre les dirigeants ou anciens dirigeants pour demander au tribunal de les condamner au paiement des dettes sociales.

30 Art. L 225-252 du code de commerce.

31 Art. L 225-252 du code de commerce « [...] à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués ».

32 Voir ci-avant, développements relatifs à l'article L.651-2 du code de commerce.

FOCUS - La faute de gestion et la faute d'information du marché

Il importe de bien distinguer ces deux fautes, parce que leur mise en œuvre est différente.

En effet, la faute de gestion résulte de l'attitude d'un administrateur qui participe à la prise d'une décision fautive du conseil d'administration, portant atteinte au patrimoine de la société. Ainsi en va-t-il d'une politique négligeant des informations essentielles données à la société l'exposant à des risques excessifs ou multipliant des actions contradictoires. Ce type de faute ne porte pas seulement atteinte au patrimoine de la société, mais également au patrimoine de l'actionnaire qui voit la valeur de ses actions baisser. Toutefois, la jurisprudence a toujours estimé que ce préjudice de l'actionnaire n'était qu'un préjudice par ricochet du préjudice de la personne morale, qui ne mérite pas d'être réparé en soi : seul le préjudice social doit être réparé par le biais d'une action en responsabilité sociale, exercée par la société – ce qui reste peu fréquent-, ou par une action en responsabilité sociale « ut singuli », c'est-à-dire par une action en responsabilité sociale exercée par un actionnaire au nom de la société. Dans ce dernier cas la réparation, éventuellement accordée par le juge, ne profitera qu'à la personne morale. Ce

Le système a manifestement sa logique – le préjudice n'est réparé qu'à sa source –, mais il a évidemment peu d'attraits pour les actionnaires qui exerceront rarement l'action « ut singuli ».

La faute d'information est d'un autre ordre. Une fausse information est donnée par les dirigeants ou le management de la société au marché : espoirs irréalistes sur l'avenir de la société, dissimulation de réelles difficultés de la société. Si le conseil d'administration sait ou aurait dû savoir la falsification de l'information, les administrateurs sont responsables de la faute du conseil d'administration. Or, dans cette situation, la mise en cause de leur responsabilité repose sur un système différent. La faute est toujours commise par l'administrateur ayant participé à la décision fautive du conseil d'administration. Mais le préjudice est, cette fois, apprécié chez chaque actionnaire. Dans la mesure où l'actionnaire peut apporter la preuve qu'il a été trompé par l'information qui lui a été fournie, il pourra agir en responsabilité contre la société pour fausse information.

4. Mesures de prévention et bonnes pratiques

Le conseil d'administration ayant, entre autres, l'obligation légale de suivre l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques, il est essentiel que chaque administrateur vérifie que l'organe collégial, assisté de son comité d'audit et des risques lorsque celui-ci a été constitué, veille à la mise en place par la direction générale de dispositifs performants en matière de contrôle interne et de gestion des risques, assurant ainsi une bonne maîtrise des activités de l'entreprise.

L'administrateur demandera à avoir connaissance des procédures de contrôle interne et de gestion des risques qui ont été mises en place au sein de l'entreprise, et à avoir confirmation que celles-ci sont bien connues et régulièrement contrôlées. Le devoir de diligence oblige l'administrateur à obtenir toutes les informations nécessaires à l'exercice de son mandat. A ce titre, il s'intéressera plus particulièrement aux procédures de contrôle interne appliquées dans l'entreprise ou le groupe et à la cartographie des risques. Celle-ci doit couvrir toutes les activités de l'entreprise tant en France qu'à l'étranger, être mise à jour annuellement et ne pas se limiter aux risques opérationnels et financiers.

De même, il est essentiel que l'administrateur, notamment dans le cadre de son devoir de diligence et à titre préventif, exige une traçabilité de qualité des décisions prises par le conseil d'administration. Il est également fortement recommandé que les travaux des comités fassent l'objet de notes et comptes rendus, lesquels formaliseront les travaux réalisés au sein des comités et sous la responsabilité du conseil.

4.1 Les procédures de contrôle interne

Selon les termes du référentiel COSO³³ (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission), le contrôle interne est un processus mis en œuvre par l'organe de surveillance, la direction et le personnel de l'entreprise pour fournir une assurance raisonnable quant à la réalisation des trois objectifs suivants :

- Réalisation et optimisation des opérations ;
- Fiabilité des informations financières ;
- Conformité aux lois et règlements.

Le contrôle interne peut également être défini comme l'ensemble des dispositifs mis en œuvre par la direction générale de l'entreprise afin d'anticiper, de prévenir et donc de mieux gérer les risques, dans tous les domaines d'activité. Les risques peuvent, en effet, mettre en cause la survie de l'entreprise, sa compétitivité, sa situation financière, son image de marque, la qualité de ses produits, de ses services et de son personnel.

S'agissant du risque de corruption, la loi Sapin 2 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, adopté définitivement par l'Assemblée nationale le 8 novembre 2016, prévoit l'obligation pour les entreprises d'une certaine taille de mettre en place des mesures et des procédures destinées à lutter contre la corruption.

L'entrée en vigueur de cette réglementation est annoncée pour le début de l'année 2017, soit après la parution du présent Guide qui ne la commente que pour citer un extrait de l'article 17 :

« Les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues au II.

33

«COSO 1», Internal Control – Integrated Framework, 1992.

Selon les attributions qu'ils exercent, le texte s'applique également aux membres du directoire des sociétés anonymes régies par l'article L. 225-57 du code de commerce et employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros... »

FOCUS - Le contrôle interne

La responsabilité des administrateurs se manifeste quand le conseil d'administration, en exerçant ses prérogatives conformément aux lois et aux règlements en vigueur, définit et suit la mise en œuvre de la stratégie de l'entreprise notamment avec les acquisitions et les cessions d'actifs, contrôle la gestion économique et financière et veille à la qualité de l'information fournie aux actionnaires ainsi qu'aux marchés, à travers les comptes ou à l'occasion d'opérations importantes. Le conseil d'administration s'assure de la bonne maîtrise et de la gestion des risques, avant tout de leur identification, et de la qualité du contrôle interne en place. Il lui appartient de déterminer le niveau de risques acceptable, dans le cadre d'une gestion prudente de l'activité, et de s'efforcer de les maintenir à ce niveau compte tenu des changements initiés ou de l'évolution de l'environnement.

Dans ce cadre général, le conseil d'administration doit se poser, par exemple, les questions suivantes :

- Existe-t-il un code de conduite ou d'autres normes internes relatives aux pratiques professionnelles non acceptables, notamment en matière de conflits d'intérêts, de corruption, etc. Sont-ils mis en œuvre et respectés ?*
- Le conseil ou le comité d'audit est-il suffisamment indépendant vis-à-vis de la direction générale pour se sentir libre de poser toutes les questions nécessaires, même les plus délicates ?*
- Le conseil ou le comité d'audit tient-il des réunions régulières avec le directeur financier, les responsables comptables, les auditeurs internes et externes ?*
- Le conseil ou le comité d'audit reçoit-il les informations suffisantes, en temps voulu, pour lui permettre de suivre la réalisation des objectifs et stratégies, de surveiller la situation financière ?*
- Le conseil ou le comité d'audit reçoit-il les informations sensibles, est-il informé en temps voulu des situations délicates, des litiges importants, des investigations menées par les autorités de tutelle, etc. ?*
- Quelle est la nature des risques encourus ? Le management est-il souvent amené à s'engager dans des opérations à haut risque ou, au contraire, se montre-t-il très prudent ?*
- Quelle est l'implication du conseil sur la qualité et la fiabilité de l'information financière, le choix des principes comptables et du traitement comptable, même si ces domaines sont d'abord de la responsabilité de la direction générale ?*

Quelques outils que devront mettre en place les entreprises concernées par cette nouvelle réglementation : une cartographie spécifique relative au risque de corruption, un Code de conduite adapté, une procédure d'alerte, des formations internes.

4.2 La gestion des risques

La gestion des risques dans l'entreprise est un sujet fondamental pour les administrateurs.

Aux termes de l'article L225-100 du code de commerce, le rapport de gestion du conseil d'administration doit comporter « une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée ».

En outre, l'article L225-37 du code de commerce impose au président du conseil d'administration d'une société cotée de rendre compte, dans un rapport joint au rapport de gestion, notamment des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société.

Le conseil d'administration a ainsi un devoir de mise en œuvre d'une analyse des risques, l'un des principaux outils à cet effet étant la mise en place d'une cartographie des risques.

Soulignons que la responsabilité civile des administrateurs, à qui on reprocherait de ne pas connaître ou maîtriser ses risques, pourrait être mise en cause au motif de la faute de gestion (article L225-100 du code de commerce).

FOCUS - La cartographie des risques

Rappel de la définition et de la finalité de la cartographie des risques de l'entreprise

Il s'agit d'une étape du processus de gestion des risques et d'un point de passage obligé pour l'amélioration du contrôle interne.

Cet outil de travail permet de présenter de manière synthétique et graphique les risques de l'entreprise hiérarchisés selon ses propres critères, quelle que soit leur nature (opérationnels, financiers, juridiques).

Elle permet à l'entreprise :

- *d'obtenir un consensus sur une vision globale des enjeux ;*
- *de se focaliser sur les sujets majeurs ;*
- *d'organiser la transversalité : échanges d'informations, confrontation des points de vue (opérationnels, fonctions transverses) ;*
- *d'initier et de développer une appropriation à tous les niveaux de l'entreprise d'une culture du risque et de ne pas craindre d'appréhender les risques et de positiver ses faiblesses.*

Plus précisément, la cartographie des risques répond à plusieurs objectifs :

- *respecter l'obligation réglementaire de communiquer sur les risques (document de référence, loi NRE, etc.) en utilisant un outil approprié ;*
- *identifier et évaluer les risques liés à la non-conformité ;*
- *réduire les risques opérationnels (sécurité, informatique, etc.) ;*
- *hiérarchiser les risques et décider des mesures prioritaires, optimiser les ressources, définir le niveau raisonnable de prise de risques.*

Une fois la cartographie réalisée, les risques sont identifiés et hiérarchisés, les dirigeants ne peuvent donc pas les ignorer. Leur décision de les traiter ou non est donc cruciale.

Par ailleurs, avant de mettre en place une cartographie des risques, il est impératif que le management fasse le choix d'une méthodologie qui permette de :

- *recenser les risques majeurs auxquels l'entreprise est exposée. Le risque brut est le risque avant la prise en compte des mesures de contrôle ;*
- *identifier les conséquences juridiques de ces risques (sanctions civiles et pénales), mais également opérationnelles (atteinte à l'image, coût financier, etc.) ;*
- *identifier les responsables juridiques et opérationnels ainsi que les dispositifs de contrôle existants couvrant les risques ;*
- *évaluer leur pertinence et les risques en termes de probabilité et d'impact ;*
- *déterminer les mesures à prendre, les actions à mettre en place, pour prévenir ou réduire les risques identifiés.*

Pour chacun des risques identifiés, la cartographie doit mener à des plans d'actions

tels que :

- *la mise en place ou revue du système de délégations de pouvoirs ;*
- *la revue du système de délégations de signatures ;*
- *la revue du code de conduite ou la mise en place de chartes spécifiques.*

Il conviendra également d'identifier les personnes à impliquer en interne et éventuellement en externe par rapport aux actions prioritaires, de fixer un calendrier et de déterminer les outils de suivi à mettre en place et les personnes en charge de la mise en œuvre de ces plans d'actions.

4.3 La traçabilité des décisions

La rédaction d'un procès-verbal est une condition de validité des décisions du conseil.

Le procès-verbal constitue un outil de travail pour les administrateurs. Sa consultation leur permet d'inscrire d'une fois sur l'autre leurs débats dans une continuité cohérente et, à plus long terme, d'assurer le suivi de leurs décisions.

Par ailleurs, le procès-verbal doit permettre d'apprécier la part prise par tel ou tel administrateur dans le processus décisionnel, dans le cas où la responsabilité des membres du conseil serait ultérieurement recherchée. Les désaccords et interrogations des administrateurs seront notés avec précision, ce qui permettra d'identifier le cas échéant la responsabilité individuelle des membres du conseil.

FOCUS - Les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration

Le procès-verbal est transmis aux administrateurs avant la séance au cours de laquelle il est approuvé. Il s'agit alors de le relire attentivement et de comparer le texte avec ses propres notes. Chaque administrateur peut ainsi vérifier que ses déclarations et sa position ont été fidèlement et clairement rapportées. Si tel n'était pas le cas, il ne doit pas hésiter à demander une rectification. En particulier, lorsqu'il a été amené à se désolidariser d'une décision, il est prudent qu'il exige que son opposition figure expressément dans le procès-verbal.

Dans l'hypothèse où un administrateur serait empêché de participer à l'une des réunions, il a encore la possibilité de faire part de ses observations, lors de la séance suivante, à l'occasion de l'approbation du procès-verbal de la séance concernée.

Parce qu'il peut arriver que le procès-verbal vise davantage à refléter un consensus

qu'à rendre compte fidèlement de toutes les positions exprimées, surtout lorsqu'elles étaient trop divergentes, il appartient à l'administrateur de conserver aussi bien une trace écrite de ses interventions que la totalité des documents qui lui ont été remis afin d'être en mesure de justifier une éventuelle demande de rectification. S'il s'agit d'un sujet complexe ou sensible, il peut également exprimer sa position en quelques lignes et la remettre au Président. Ainsi, celle-ci se trouvera retranscrite fidèlement au procès-verbal.

En ce qui concerne les réunions des comités, la rédaction d'un procès-verbal n'est pas légalement exigée. Il est cependant de bonne pratique d'y procéder systématiquement, et ce particulièrement pour le comité d'audit. Cela est d'autant plus important que le conseil endosse la responsabilité attachée aux missions des comités.

Source : les travaux de la Commission Juridique de l'IFA sur le Procès verbal du conseil - Février 2013

4.4 L'assurance Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux (RCMS)

Il est fortement recommandé que la responsabilité des mandataires sociaux fasse l'objet d'une assurance spécifique, dite « responsabilité civile des mandataires sociaux » (RCMS) ou « directors and officers » (D&O), qui les couvre en cas d'actions intentées à leur encontre au titre de leurs fonctions, et garantit leur patrimoine personnel. Il s'agit d'une assurance collective, souscrite par l'entreprise pour tous les dirigeants (et éventuellement pour elle-même), la prime étant payée par l'entreprise globalement. L'étendue de la couverture varie naturellement de police à police.

S'agissant de la responsabilité pénale, celle-ci ne peut pas être assurée. Ainsi, les éventuelles amendes infligées ne pourront être prises en charge par l'assurance.

En revanche, les polices d'assurance des mandataires sociaux prévoient généralement la prise en charge des frais de justice en cas de poursuites sur le plan pénal.

FOCUS - L'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux (RCMS)

L'assurance couvre les « fonctions », non des personnes dénommées, pendant la période visée par la police. Il s'agit d'abord des dirigeants de droit : directeurs généraux et directeurs généraux délégués, membres du directoire, administrateurs et représentants permanents de personnes morales administrateurs. Les membres et le président du conseil de surveillance sont également couverts, ainsi que les dirigeants des sociétés autres que les sociétés anonymes, tels que les présidents de SAS ou les gérants de SARL. Il en est de même pour les dirigeants non mandataires sociaux (par exemple les membres du comité exécutif, les responsables de la conformité ou du contrôle interne, les correspondants Tracfin ou CNIL, etc.).

La société souscriptrice peut aussi faire couvrir, au titre d'une extension spécifique de l'assurance, sa responsabilité propre quand elle est engagée aux côtés de celle du mandataire. Dans les groupes de sociétés, l'assurance s'étend généralement aux filiales et à leurs dirigeants. Enfin, l'assurance couvre aussi les dirigeants de fait lorsque leur responsabilité est recherchée en cette qualité.

Le paiement de la prime de l'assurance RCMS n'est pas considérée comme un abus de biens sociaux puisqu'elle n'est pas contraire à l'intérêt de l'entreprise, et ce n'est pas une convention réglementée. Du point de vue fiscal, il s'agit d'une indemnité représentative de frais, donc déductible pour l'entreprise et exonérée de l'impôt sur le revenu des bénéficiaires. L'assurance RCMS couvre principalement les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile à l'égard des tiers à la suite de manquements non intentionnels commis par les dirigeants dans l'exercice de leurs fonctions. Une exclusion importante et systématique résulte du principe édicté par le Code des assurances selon lequel « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré » (Art. L. 112-1 C. Ass.). Cette exclusion porte donc sur les amendes pénales, administratives (émanant d'autorités régulatrices comme l'AMF par exemple) ou fiscales résultant d'infractions commises par l'assuré. L'étendue territoriale de la couverture peut aussi varier : en général, les actions intentées en Amérique du Nord sont exclues en raison de la fréquence et des montants des litiges dans ces pays, et les suppléments de prime exigés pour « racheter » cette exclusion sont très élevés. En outre, le marché de l'assurance est réticent à couvrir certains secteurs particulièrement exposés comme les institutions financières.

Un aspect important de la garantie apportée par l'assurance est la prise en charge, sous forme d'avances ou de remboursements, des frais de défense de l'assuré, c'est-à-dire essentiellement des frais d'avocat, qui peuvent être très élevés dans les dossiers complexes de droit des affaires.

La question de l'assurance RCMS est donc une des premières que doit poser le nouvel administrateur ou le candidat administrateur y compris dans une filiale ou participation d'un groupe: s'enquérir de l'existence d'un contrat d'assurance, en connaître les principales caractéristiques (étendue de la garantie, exclusions, etc.), ainsi que les modalités de déclenchement de l'assurance (initiative et délais de la notification à l'assureur, choix de l'avocat, etc.).

L'Institut Français des Administrateurs (IFA) est l'association des administrateurs en France, avec près de 4000 membres exerçant leurs fonctions dans des entreprises de toutes tailles et de tous secteurs.

L'IFA a pour missions d'informer sur les sujets de gouvernance, de professionnaliser les membres de son réseau, d'organiser le partage d'expériences, de contribuer au débat public et de l'influencer sur les avantages d'une gouvernance au service de la compétitivité des entreprises.

L'IFA associe à ses actions tous ceux qui de part leurs activités contribuent au développement des bonnes pratiques de gouvernance.

L'IFA est présent sur l'ensemble du territoire français avec 8 délégations régionales à Paris, Lille, Strasbourg/Nancy/Metz, Lyon, Marseille, Toulouse, Bordeaux et Nantes.

L'IFA est également membre fondateur de la Confédération européenne des associations d'administrateurs (ecoDa).



Informer



Partager



Former

GOVERNANCE ET COMPÉTITIVITÉ

IFA

Institut Français des Administrateurs

11 bis rue de Portalis

75008 PARIS

www.ifa-asso.com