

JURIDIQUE & FISCAL / 22 Juillet 2018

## **La responsabilité civile professionnelle des dirigeants sociaux ne requiert pas, devant les juridictions pénales, la démonstration d'une « faute séparable » : la porte est-elle pour autant ouverte au forum shopping ?**

par **Anker Sorensen et Charlotte Buraux, Avocats, De Gaulle Fleurance & Associés**



Devant les juridictions civiles, les tiers ne peuvent engager la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux, en raison d'actes commis dans l'exercice de leurs fonctions, qu'en démontrant qu'ils ont commis une faute séparable de ces fonctions, également qualifiée de « faute détachable ».

En écartant la nécessité de démontrer l'existence d'une faute séparable, la chambre criminelle de la Cour de cassation réaffirme la singularité de sa jurisprudence et assouplit les conditions de la responsabilité civile des dirigeants devant les juridictions pénales. Ce faisant, il est vraisemblable que sa jurisprudence stimule, corrélativement, un mouvement de pénalisation de ces contentieux.

\*\*\*

Les compétences des dirigeants et la conduite de leur mission dans l'intérêt social sont au cœur des préoccupations des investisseurs et des partenaires de l'entreprise. Il n'est pas rare, d'ailleurs, que ces derniers envisagent, le cas échéant, d'engager la responsabilité civile des dirigeants en cas de manquements ou de fautes avérés de ces derniers, en particulier dans l'hypothèse où la société connaît des difficultés insurmontables.

Pour autant, les dirigeants avertis le savent : leur responsabilité civile est rarement retenue à l'issue d'actions en justice introduites par les tiers. En premier lieu, parce que – outre d'évidentes raisons d'opportunité qui invitent un plaideur pragmatique à privilégier la responsabilité des personnes morales et leurs « poches profondes » – le dirigeant n'est, pour ainsi dire, jamais lié par un contrat avec les tiers. En second lieu et surtout, parce qu'il s'est avéré difficile en pratique d'établir la condition requise par la jurisprudence pour la mise en œuvre de l'action, en l'occurrence la commission par le dirigeant d'une « faute séparable » de ses fonctions.

Par sept arrêts rendus séparément le 5 avril 2018<sup>1</sup>, dont l'un retient en particulier l'attention, la chambre criminelle de la Cour de cassation – réunie en formation plénière – affine les contours du régime de la responsabilité civile des dirigeants, distinct de celui élaboré par les juridictions civiles et commerciales.

En énonçant que les juges n'ont pas à s'expliquer sur l'existence d'une « faute séparable », la chambre criminelle ne marque pas seulement sa singularité par rapport aux chambres civiles et commerciale de la Cour. Ce sont les conditions-mêmes de l'action en responsabilité civile à l'encontre des dirigeants qui sont assouplies.

### **LES CONDITIONS STRICTES DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES**

La jurisprudence civile et commerciale a conditionné la responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des tiers à la démonstration d'une faute séparable de leurs fonctions, notamment définie comme une « faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ».

La caractérisation de la gravité de la faute et l'appréciation de sa nature « séparable » relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, selon les circonstances factuelles qui leur sont soumises, l'imprécision de cette notion leur laissant une faculté d'appréciation au cas par cas.

Pour les juridictions civiles et commerciales, la faute pénale intentionnelle est, par essence, considérée comme une faute séparable des fonctions du dirigeant : elle engage donc la responsabilité civile de ce dernier à l'égard des tiers auquel le dirigeant a causé un préjudice.

Mais la « faute séparable » n'est pas nécessairement de nature pénale. A titre d'exemple, a été qualifié de faute séparable, le comportement du dirigeant qui s'est délibérément abstenu d'acquitter la prime d'assurance du véhicule utilisé par un salarié non informé de la situation. Il a été jugé de même pour le comportement du dirigeant

*Retrouvez cette article sur notre site internet à l'adresse:*

[la-responsabilite-civile-professionnelle-des-dirigeants-sociaux-ne-requiert-pas-devant-les-juridictions-penales-la-demonstration-d-une-laquo-faute-separable-raquo-la-po](#)

qui signe ~~es~~ ~~qualité~~ ~~un~~ ~~cautionnement~~ qu'il sait ne pas être valable, ou encore de celui qui dirige une société exploitant un établissement de nuit qui diffuse de la musique sans acquitter les droits dus à la SACEM.

Le risque de condamnation des dirigeants sociaux sur le fondement de la faute séparable devant les juridictions civiles doit néanmoins être relativisé. Appréhender la notion abstraite de « faute séparable » et faire retenir cette qualification s'est en effet avéré difficile en pratique, au point que certains commentateurs concluent qu'elle garantirait une quasi-impunité aux dirigeants sociaux, privant corrélativement les victimes d'une possible indemnisation.

La récente jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation en est donc d'autant plus intéressante.

## LES ARRÊTS DU 5 AVRIL 2018 : L'AUTONOMIE DE LA FAUTE CIVILE

### APPRECIÉE PAR LES JURIDICTIONS PÉNALES CONFIRMÉE

Pour mémoire, les juridictions pénales peuvent, lorsqu'une victime met en œuvre l'action civile, avoir à connaître de la question de la responsabilité civile des prévenus qui comparaissent devant elles. Elles peuvent même, dans l'hypothèse d'une relaxe et sur le seul recours de la partie civile, n'être saisies que des intérêts civils.

La chambre criminelle s'est depuis longtemps montrée réticente à l'égard de notion de « faute séparable », considérant que la caractérisation à l'encontre d'un dirigeant social d'une infraction pénale suffit à engager sa responsabilité civile, peu important que le délit ait été commis dans le cadre de ses fonctions.

Si la solution retenue par les sept arrêts précités n'est pas nouvelle, ces décisions confirment la singularité de la position adoptée par la chambre criminelle de la Cour de cassation –qui a statué en formation plénière– par rapport aux juridictions civiles.

L'une de ces décisions retient surtout l'attention. En l'occurrence, une société et son dirigeant étaient poursuivis du chef d'abus de confiance pour avoir vendu des véhicules appartenant à une société tierce. A cet effet, le dirigeant poursuivi avait établi des certificats de cession faisant état de faux numéros d'immatriculation. Il s'était également abstenu de payer le prix revenant à la société propriétaire de ces véhicules en violation d'une clause de réserve de propriété. Les prévenus avaient été relaxés en première instance. Sur appel uniquement de la partie civile, la cour d'appel<sup>2</sup> condamnait le dirigeant à indemniser cette dernière. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le dirigeant –définitivement relaxé– dans un attendu particulièrement clair : « [...] les juges [répressifs] n'[ont] pas à s'expliquer sur l'existence d'une telle faute [séparable des fonctions] » pour caractériser une faute civile<sup>3</sup>.

Cette décision doit être analysée à la lumière de six autres décisions, rendues également le même jour par la même formation, et qui portent sur des faits commis au sein d'un même groupe. Dans ces espèces, la Cour de cassation écarte également toute référence à la notion de « faute séparable » (même dans l'hypothèse où la faute en question ne constituerait qu'une contravention)<sup>4</sup>.

En d'autres termes et pour reprendre l'expression d'un auteur<sup>5</sup>, la notion de « faute séparable » n'a « pas de place » dans le débat devant les juridictions pénales. Par un effet indirect, la position retenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation permet d'engager la responsabilité du dirigeant auteur d'une faute, même lorsqu'elle n'est pas intentionnelle.

### NOUVELLES PERSPECTIVES : UN RISQUE ACCRU DE FORUM SHOPPING ?

Si la caractérisation d'une « faute séparable » n'est pas exigée devant les juridictions pénales, les tiers victimes des agissements des dirigeants pourraient-ils être tentés de privilégier les juridictions pénales pour engager la responsabilité civile des dirigeants, en construisant leur argumentation à cet effet ?

La question de la prescription de l'action pourra également, dans certaines hypothèses, orienter le choix des plaignants vers les juridictions pénales. En effet en matière d'action civile devant les juridictions pénales, ce sont les règles de prescription de l'action pénale qui s'appliquent : ainsi, si l'action publique des contraventions se prescrit par une année révolue à compter du jour où l'infraction a été commise, ce délai est de six années révolues en matière délit, ces délais étant en outre susceptibles d'être interrompus ou suspendus. Or et sous réserve de cas particuliers, l'action devant les juridictions civiles se prescrit quant à elle par cinq ans à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits permettant d'exercer son droit.

On voit donc ici poindre un risque fort de « forum shopping » soit –en d'autres termes– de voir les victimes saisir la juridiction la plus susceptible de leur donner raison et d'adapter leurs chefs de préjudice en fonction de la juridiction saisie.

Ce risque, s'il est certain, mérite toutefois d'être relativisé. Le choix de l'action devant les juridictions pénales requiert a minima qu'une qualification pénale du comportement du dirigeant concerné soit envisageable. A défaut, cette voie ne saurait être recommandée. En outre, dans l'hypothèse où l'existence d'une infraction ferait débat, celui qui n'aura pas su donner, à tout le moins, une apparence de fondement sérieux à son action s'exposera à une action civile, voire à des poursuites pénales (notamment sur le fondement de la dénonciation calomnieuse, de la

diffamation ou encore de la dénonciation téméraire). Ces garde-fous devraient tempérer les ardeurs que pourrait susciter la jurisprudence commentée. Bien évidemment, seul le temps permettra d'apprécier si elle aura exercé une influence réelle sur la stratégie judiciaire de tiers victimes d'agissements des dirigeants.

Enfin, ces décisions offrent l'occasion d'un très bref rappel concernant les assurances de responsabilité civile des mandataires sociaux, dites « Directors and Officers » ou « D&O Liability Insurance ». Généralement souscrites et assumées par les sociétés, ces assurances ont pour objet de couvrir les dirigeants dans les cas où leur responsabilité civile serait recherchée pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions, y compris à l'occasion de fautes séparables.

Rappelons simplement que les sanctions pénales (en particulier les amendes) ne sont pas assurables. Les conséquences civiles d'une infraction pénale peuvent, quant à elles, être couvertes sauf dans les hypothèses où le code des assurances exclut une telle garantie. En pratique, tel sera le cas dans les hypothèses où le dirigeant aura volontairement commis un fait dommageable et qu'il aura « voulu le dommage tel qu'il est survenu ». La chambre criminelle a pu se montrer plus stricte, en estimant que les dommages résultant d'infractions intentionnelles n'étaient pas assurables.

\*\*\*

Eu égard au regain d'intérêt probable pour les actions en responsabilité devant les juridictions pénales à leur rencontre, les dirigeants seront bien avisés de s'enquérir de la couverture de leur responsabilité civile professionnelle par une assurance ainsi que des cas d'exclusion.

1 Cass. Crim, 5 avril 2018, 7 arrêts : pourvois n°16-87.669 ; 16-83.984, 16-83.978, 16-83.982, 16-83.972, 16-83.961 et 16.83-979.

2 Qui n'était donc plus saisie que de la question de l'indemnisation, la relaxe du dirigeant étant devenue définitive en l'absence d'appel du prévenu ou du Parquet.

3 « Attendu qu'en l'état de ces énonciations, et dès lors que le grief tiré du défaut d'établissement d'une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales constituant une faute séparable des fonctions de dirigeant social est inopérant, les juges n'ayant pas à s'expliquer sur l'existence d'une telle faute pour caractériser l'existence d'une faute civile démontrée à partir et dans les limites des faits objet de la poursuite, la cour d'appel, qui n'a pas excédé les limites de sa saisine, a justifié sa décision ».

4 Cass. Crim, 5 avril 2018, 6 arrêts : pourvois n°16-83.984, 16-83.978, 16-83.982, 16-83.972, 16-83.961 et 16.83-979.

5 Voir le Pr. Alain Couret, « Refus d'introduire en droit pénal la notion de faute séparable », in « Bulletin Joly Sociétés », n°05, 1er mai 2018, page 265.