

# Responsabilité et protection des dirigeants d'entreprise

**L**e contexte économique actuel et les événements de ces derniers mois ont remis au premier plan la question de la responsabilité des dirigeants d'entreprise, alors qu'ils courent un risque accru de voir celle-ci mise en cause. En effet dans ce contexte, il est à craindre que les personnes (investisseurs, créanciers, etc.) s'estimant lésées par certains actes de sociétés, n'hésitent pas agir en justice afin d'obtenir une indemnisation et ce à la fois contre la société elle-même mais également contre ses dirigeants.



et qui sont souvent accompagnées d'hypothèses particulières de responsabilité de dirigeants sociaux.

A titre d'exemple, on peut citer la responsabilité que le dirigeant social encourt personnellement vis-à-vis de l'administration fiscale en raison d'une violation de la loi générale des impôts (par exemple par la non retenue d'impôt sur les salaires de ses employés et la non continuation à l'administration fiscale, la distribution cachée de bénéfices ou le fait de ne pas remettre de déclaration fiscale à l'impôt des sociétés).

Citons également les sanctions civiles à l'encontre des dirigeants ayant contribué par leurs fautes à la faillite (interdiction d'exercer un mandat d'administrateur, l'extension de la faillite aux dirigeants, action en comblement de passif).

Nous avons ainsi pu observer une propension des dirigeants sociaux à vouloir mieux cerner les contours de leur responsabilité ou encore s'informer sur les outils mis à leur disposition afin de limiter, autant que faire se peut, les risques inhérents à leur fonction. Ainsi l'objet de cet article est (i) de rappeler brièvement la nature de la responsabilité encourue, (ii) de mettre en avant quelques règles d'attention et de prudence dans le cadre de la gestion quotidienne et (iii) d'indiquer les outils existants pour limiter cette responsabilité.

## I. APERÇU DES RESPONSABILITES

### RESPONSABILITE CIVILE

La responsabilité civile est celle qui implique la réparation d'un préjudice par une indemnisation. Elle implique la démonstration par la partie demanderesse de l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de cause à effet entre la faute et le préjudice.

#### Mission du dirigeant

Les dirigeants sociaux ont l'obligation générale de prendre les actions nécessaires en relation avec la gestion de la société et l'accomplissement de son objet social. Ils doivent jouer un rôle actif et s'assurer du respect des dispositions légales et statutaires. Dans le cadre de cette mission, ils ont un devoir de diligence, d'information à l'égard des actionnaires, de compétence, d'investigation et de confidentialité. Pour apprécier s'il existe une faute du dirigeant, son comportement sera comparé à celui d'un dirigeant raisonnablement diligent et prudent.

#### Responsabilité individuelle pour faute de gestion

Les dirigeants sont individuellement responsables envers la société des dommages résultant de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans leur gestion. Tant les actes positifs de mauvaise gestion que des attitudes passives mais préjudiciables sont de nature à engager leur responsabilité. On peut entre autres citer l'absentéisme aux réunions du conseil ou la participation à un acte alors que l'administrateur a un intérêt opposé à celui de la société. Dans le cadre particulier d'un fond d'investissement, le conseil d'administration peut commettre une faute de gestion lorsqu'il insère dans le prospectus des informations insuffisantes ou des mentions inexactes, ou si d'autres documents sont de nature trompeuse (par exemple: sous-estimation du risque lié à l'investissement), ou encore en cas de non-respect de la politique de placement du fond. Il s'agit d'une action qui n'appartient qu'à la société pour réparer son propre préjudice. Elle est exercée par l'organe de gestion après autorisation de l'assemblée générale. Il est intéressant de noter qu'un actionnaire ne pourra pas agir directement sur ce fondement.

#### Responsabilité solidaire pour violation de la loi ou des statuts

Les dirigeants sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers et de la société, en cas de violation des statuts ou de la loi sur les sociétés commerciales. A titre d'exemples, on peut citer la non-convocation de l'assemblée générale annuelle, la non-convocation d'une assemblée générale en cas de perte de plus de la moitié du capital social, le défaut de publication d'informations requises par la loi, l'absence de tenue correcte des livres et de la comptabilité de la société ou encore le défaut d'avoir arrêté les comptes à la fin d'un exercice social.

#### Responsabilité civile de droit commun

Un tiers peut engager la responsabilité des dirigeants sur la base du droit commun si un préjudice est subi par une personne indépendamment des hypothèses visées plus haut. Une telle action est envisageable à l'égard de tous ceux à qui les agissements des dirigeants sociaux ont causé un préjudice. Une telle faute devra avoir un caractère grave et imputable personnellement à un dirigeant, soit une faute détachable de ses fonctions (par exemple: un faux bilan induisant les tiers en erreur).

#### Autres sources légales de responsabilités

On peut constater une évolution du droit de la responsabilité en raison de la multiplication de nouvelles normes juridiques dans des domaines divers

### RESPONSABILITE PENALE

La responsabilité pénale tend non pas à la réparation d'un dommage mais à sanctionner l'auteur d'une infraction au moyen de peines d'emprisonnement et d'amende. Sous quelques réserves, la législation actuelle prévoit que seules les personnes physiques impliquées dans la commission d'une infraction sont susceptibles d'engager leur responsabilité. En effet, le Luxembourg ne connaît pas encore de principe général de responsabilité pénale des personnes morales mais le législateur a fait un pas dans cette direction en déposant, en avril 2007, un projet de loi en ce sens.

A la lecture dudit projet, il apparaît qu'un principe de cumul de la responsabilité pénale des personnes morales et des personnes physiques sera alors retenu. En dehors des infractions générales listées par le code pénal (l'escroquerie par exemple), la loi sur les sociétés commerciales traite de certaines responsabilités particulières liées au non respect de ladite loi ou d'actes intentionnels contraires à l'intérêt social. Elle vise ainsi l'abus de bien sociaux, le défaut de convocation de l'assemblée générale dans les trois semaines d'une réquisition ad hoc, le défaut de publication des comptes annuels, etc. Le Code de Commerce prévoit des sanctions pénales spécifiques en cas de faillite que sont la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse.

## II. REGLES DE PRUDENCE DANS LES ACTES DE LA VIE QUOTIDIENNE

### Gérer les conflits d'intérêt

Dès lors qu'un administrateur de société anonyme a un intérêt personnel à une opération, il doit faire connaître ce fait aux autres administrateurs, faire inscrire cette déclaration au procès-verbal de conseil d'administration et s'abstenir de prendre part au vote à ce sujet. Il en sera de plus, rendu compte à la prochaine assemblée générale des actionnaires de la société. Bien que ces dispositions ne visent que les sociétés anonymes, une certaine prudence peut être recommandée en cas de conflit d'intérêts dans les autres types de société. Il convient également d'être attentif aux conflits pouvant dériver des opérations dites intra-groupes.

Selon le droit luxembourgeois, l'intérêt d'une société ne peut être oublié au profit d'une autre société du groupe. Il convient donc d'appliquer dans ce type d'opérations le principe dit de "arm's length" selon lequel on doit se référer au prix et pratiques de marché pour déterminer les termes des opérations applicables entre sociétés d'un même groupe (contrat de services, contrat de prêt, etc.)

### Marquer son désaccord

La collégialité des organes des sociétés anonymes a pour objectif de permettre une meilleure gestion de la société. Elle ne doit pourtant pas être une excuse justifiant la non implication d'un administrateur. Il est recommandé de manière générale, que les

réunions de l'organe dirigeant collectif soient précisément minutées. En cas de doute sur l'opportunité / la validité d'une décision, il est vivement conseillé au dirigeant, qu'il s'exprime et fasse acter sans ambiguïté son désaccord avec les autres membres du conseil.

### Reporter les violations à l'assemblée générale

Le fait de reporter les violations constatées peut constituer une cause d'exonération de la responsabilité du dirigeant en cas de violation de la loi ou des statuts s'il n'a pas participé à ladite violation et qu'il l'a reporté à la première assemblée générale qui suit. De façon générale, en cas de doute sur une décision particulière à prendre, il peut être utile de faire valider cette décision par l'assemblée générale.

### Limite et vertu de la délégation

La loi prévoit expressément une telle délégation pour la société anonyme dans le chef du délégué à la gestion journalière. Il faut considérer qu'elle est également permise pour d'autres types de sociétés mais il faut toutefois tenir compte du fait que les associés font appel à un dirigeant au vu de ses compétences et de son expérience personnelle, il s'agit d'un contrat intuitu personae qui implique certaines limites à la délégation. Par conséquent, il est admis qu'un dirigeant délègue une partie mais pas la totalité de ses pouvoirs. Ce que l'on observe couramment est le mandat donné par un dirigeant ou par l'organe de gestion à une personne en vue de l'exécution d'une tâche ou d'une mission déterminée.

Une délégation efficace nécessite de tenir compte de la qualification et des compétences du mandataire et doit inclure un véritable transfert du pouvoir de décision. La mise en place d'un système de délégation efficace peut avoir un impact sur la responsabilité du dirigeant concerné. En effet, la jurisprudence reconnaît l'exonération de la responsabilité d'un chef d'entreprise, au cas où il rapporte la preuve qu'il a délégué la direction d'une partie de l'entreprise à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions de la loi, auquel cas sa responsabilité est transférée à son délégué.

### Limite aux pouvoirs du délégué à la gestion journalière

Le délégué à la gestion journalière à un pouvoir très large de représentation de la société. Pourtant seuls les actes courants ou portant exécution des décisions du conseil d'administration entrent dans son domaine de compétence. Au-delà il engage sa responsabilité. La délimitation entre les actes nécessitant une autorisation spécifique du conseil et ceux que le délégué peut prendre seuls peut être parfois difficile à définir. En cas de doute, il est recommandé que la décision soit prise par le conseil d'administration siégeant collégialement. Il est utile de préciser que les autres administrateurs peuvent être tenus responsables des actes posés par le délégué.

### Ne pas se comporter en dirigeant de fait

Certaines responsabilités peuvent être retenues contre un tiers se comportant dans les faits comme gérant de fait. Cela peut notamment se produire dans les groupes de société ou la société mère aurait une approche intrusive dans la prise de décision de sa filiale ou encore lorsqu'un tiers agit dans les faits comme un représentant de la société vis-à-vis des tiers.

### Précautions à prendre en cas de difficultés financières de l'entreprise

Lorsque la société est en difficultés financières, le dirigeant doit faire preuve d'une vigilance accrue quant à l'opportunité de ses décisions au quotidien. Il analysera les possibilités de redressement et portera une attention particulière aux intérêts des créanciers de la société qui ne doivent pas être lésés.

La question de savoir si la faillite est inévitable devra être régulièrement posée (celle-ci est avérée lorsque la société ne peut plus faire face à ces obligations de paiement et qu'elle ne peut plus avoir recours à de nouveaux financements). Si la situation le justifie, le dirigeant fera l'aveu de faillite dans le délai légal d'un mois à partir de la cessation des paiements.

### Prendre conseil

Dans un environnement juridique de plus en plus complexe, le dirigeant n'hésitera pas à consulter afin de bien cerner ces rôles et responsabilités et aussi de l'aider à trancher certaines questions délicates.

## III. LIMITER SA RESPONSABILITE

Il existe certains outils qui permettent de prévenir ou à tout le moins de limiter les conséquences négatives sur la situation personnelle des dirigeants qui peuvent résulter de la mise en cause de leur responsabilité.

### Assurances ou garanties

Tout dirigeant qui veut se prémunir contre les risques financiers liés à sa responsabilité a la faculté de souscrire une police d'assurance responsabilité civile. La société elle-même peut également souscrire ce type d'assurances au profit de ses dirigeants. Il existe une grande variété de garanties qui vont de la prise en charge des dommages et intérêts que l'assuré est tenu de payer suite à une réclamation jusqu'aux frais de reconstitution de l'image d'un dirigeant ayant été victime d'une campagne de dénigrement. En principe, les fautes intentionnelles et les actes de négligence grave ou intentionnelle sont exclus de la couverture de l'assurance.

A coté de ces assurances dites classiques, on peut observer une certaine pratique sous l'appellation de lettre de garantie. Elle consiste en un engagement unilatéral d'une société du groupe de garantir un dirigeant contre les conséquences financières qui pourraient résulter de la mise en cause de sa responsabilité. Cela se pratique principalement dans un contexte impliquant des prestataires locaux qui sont dirigeants de sociétés faisant partie de grands groupes internationaux. La validité d'une telle garantie est soumise au droit commun des contrats et n'emporte pas de restriction particulière. Que ce soit par le biais d'une police d'assurance ou d'une lettre de garantie, il n'est pas possible pour un dirigeant de souscrire une assurance visant à couvrir sa responsabilité pénale. En effet, les peines prononcées par le juge répressif ont pour but de punir le coupable d'une infraction et une telle assurance enlèverait toute efficacité aux sanctions pénales.

### La décharge ou "quitus"

Le quitus est le vote spécial sur la décharge des dirigeants sociaux émis en assemblée générale, après l'approbation des comptes annuels. Cette décharge spéciale empêche l'exercice ultérieur de l'action sociale sans toutefois dégager la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers qui conservent leurs droits d'action. La décharge constitue donc un outil intéressant au regard de la responsabilité des dirigeants mais connaît néanmoins certaines limites.

En effet, l'assemblée ne peut valablement donner décharge aux dirigeants que dans la mesure où elle était parfaitement informée de la situation réelle de la société. La décharge couvre les comptes sociaux ainsi que les faits dont les associés avaient connaissance. Elle n'est valable que si le bilan ne contient ni omission, ni indication fautive dissimulant la situation réelle de la société et quant aux faits en dehors des bilans, que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation.

### Clauses limitatives de responsabilité

La question de la validité des clauses visant à limiter la responsabilité des dirigeants vis-à-vis de la société est discutée en doctrine. En droit commun, les clauses limitatives de responsabilité sont licites pour autant qu'elles ne contreviennent pas à l'ordre public et qu'elles ne visent pas à couvrir des fautes graves, intentionnelles ou des actes criminels. Or, pour certains auteurs, l'ordre public s'étend aux dispositions relatives à la responsabilité des dirigeants et des telles clauses ne seraient donc pas permises en la matière.

Il appartient aux juridictions de trancher cette question.

Marie-Beatrice Noble (cf. photo) / Rachele Clitese  
NOBLE & SCHEIDECKER  
Avocats à la Cour  
398, route d'Esch, L-1471 Luxembourg  
www.mnks.com

Avec un remerciement spécial à Nathalie Balozé

## FaradayClark devient Badenoch & Clark

**L**e bureau international de conseil en recrutement Badenoch & Clark, l'un des plus grands groupes de recrutement au monde, a annoncé l'adoption par sa filiale européenne FaradayClark de l'enseigne générique Badenoch & Clark au Luxembourg, aux Pays-Bas et en Allemagne. EssentialPeople, l'activité d'intérim de Badenoch & Clark aux Pays-Bas et en Allemagne bénéficiera aussi de ce rebranding.

Cette décision s'inscrit dans le cadre de la volonté du groupe de renforcer son offre intégrée de recrutement au niveau international. Jusqu'à présent, le groupe était connu dans certains pays d'Europe via les enseignes FaradayClark et EssentialPeople. Cette

évolution s'inscrit dans le cadre de la politique d'intégration du groupe, qui désire offrir à ses clients du monde entier davantage de ressources et de savoir-faire. Neil Wilson, Managing Director de Badenoch & Clark, a déclaré: "Cette décision va bien au-delà d'un changement de nom dans quelques pays. C'est grâce à notre politique de partage intensif de nos informations sur les marchés entre nos diverses entités que nous sommes en mesure d'offrir les meilleures solutions à nos clients. Ce rebranding est la conséquence directe de cette politique et nous permet d'apporter une réelle valeur ajoutée à nos clients. Il témoigne d'un changement de cap radical dans la manière dont nous déployons nos activités en Europe. Un changement de cap qui sera très bénéfique pour tous."

"Bien évidemment, nous continuerons d'offrir à nos clients le service qu'ils ont l'habitude de recevoir, ainsi qu'un savoir-faire spécifique à chaque pays,

mais l'intégration des divers atouts de notre entreprise nous permettra de mieux tirer profit des savoirs, expériences et aptitudes de l'ensemble du groupe, afin de répondre encore mieux aux exigences et attentes de nos clients." Darren Robinson, Directeur de Badenoch & Clark au Luxembourg, a ajouté: "Badenoch & Clark est une enseigne qui jouit d'une réputation très enviable en Grande-Bretagne. Nos bureaux luxembourgeois, néerlandais et allemands ont également acquis une excellente réputation en quelques années, de sorte qu'il nous a semblé logique de rassembler ces diverses entités sous une bannière unique." "L'intégration de nos activités et l'expansion de la marque Badenoch & Clark dans toute l'Europe sont deux priorités majeures pour les prochaines années. Le changement annoncé aujourd'hui représente un pas significatif en ce sens."

Informations complémentaires sur [www.badenochandclark.com](http://www.badenochandclark.com)